

JESVS, MARIA, JOSEPH.

SEGVNDO INFORME

POR

LA ILVSTRE MARQVESA DE MIRASOL.

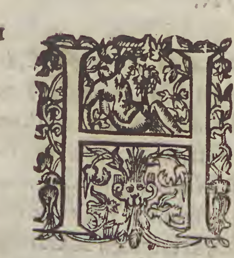
CON

DOÑA LVTGARDA ALFONSO,

Curadora de Doña Maria Vicenta Crulles, y el Padre Salvador Crullles, de la Compañia de Jesvs.

EN

El pleyto remitido sobre la succesion del Lugar de Guadasequies, y demàs bienes del Fideicomisso primogenial, instituìdo por Don Ramon Sanz de la Losa.

1 
HAblando de los pleytos remitidos, dixo el Ilustrisimo señor Crespi *obseru.* 10. *num.* 31. *&* 32. que en estos: *Melius est audire, vt quis in sua opinione perseueret, vel in aliam protrahatur sententiam, cum neque consilium mutantem Prætor spernatur, imò sapientis sit.* Y aunque el dia 20. de Noviembre passado en el informe primero solo exagitò mi ignorancia las questiones que creyò principales para la decision de este litigio, reconociendo, por quedar remitido, aun se avràn ofrecido dudas que deberian satisfacerse, procurarà mi cortedad examinarlas, fiando serà mi Parte oìda con la equidad

dad

dad que acostumbra este S. C. y en sus sentencias expressa, idem Illustrissimus Crespi *dict. obseru. num.* 41. ibi: *Advocatis auditis in omnibus his, quæ dicere, & allegare voluerint.* La que defiendo es Doña Vicenta Cruilles, aora Iluftre Marquesa de Mirasol (Casa 9.) y esta pretende se sirva el Consejo mejorar la sentencia de 12. de Mayo de 1677. y confirmar la de la Audiencia de Valencia de 11. de Agosto de 1671. en que se declarò à su favor la sucession del Lugar de Guadasequies, y demàs bienes del fideicomisso primogenial instituìdo por Don Ramon Sanz de la Losa, cuya disposicion tiene prevista el Consejo, desestimando los articulos de desercion, y pretendida instauracion de fatales, formados por los herederos de Don Onofre Cruilles (Casa 9.) y que reservò el Consejo para la difinitiva, sin perjuizio de los derechos de las partes, en los autos que proveyò en 16. de Octubre de 1697. lo que debe hazerse por lo que constarà en los §§. siguientes.

§. I.

Articulo de desercion, y sus fundamentos.

2 LOs de este, segun lo alegado, consisten en que si bien por parte de la Marquesa se suplicò de la sentencia de este Supremo *tempore habili*; pero no se prosiguiò, y concluyò la suplicacion dentro del año, por lo que avria quedado desierta, segun Derecho Municipal del Reyno de Valencia por la Pragmatica del señor Rey Don Pedro el Segundo *in extrauag. foror. fol.* 57. *pag.* 2. y fundamentos que refiere el señor Leon *decis.* 88. *tom.* 1. *num.* 8. *& seqq. & decis.* 13. *tom.* 3. *num.* 8. *in fine*; y que à esto se deberia atender, ne lites fiant immortales, *leg. properandum, C. de iudicijs, cap. finem litibus, de dolo, & contumatia.*

SATISFACCION.

3 EN los Supremos no corren fatales, *Auth. sed & si, C. de temporibus, & reparationibus appellat.* Afflict. *decis.* 78. & 79. y otras que refiere Pisanel. *in Addit. ibidem*, Thesaur. *decis.* 10. *num.* 16. Marinis *tom.* 1. *decis.* 178. Carolus Petra *in Commentarijs super Ritibus Magnæ Curiæ Vicariæ del Reyno de Napoles, ritu* 248. *num.* 33. y cita diez y seis Doctores, que afirman lo mesmo, diziendo observarse assi, no solo en el Reyno de Napoles, si tambien in Camara Imperiali, & Senatu Parisiensi; & *ritu* 260. *num.* 25. 26. & 27. dize observarse lo mesmo en otros Senados de Europa: lo afirma con muchos DD. de Sicilia, y aun de la Real Audiencia de Valencia, y cita al señor Leon *decis.* 107. *à num.* 15. Tampoco en este Reyno de

Cas-

Caſtilla corren fatales, Gregor. Lopez *in l. 9. tit. 6. part. 6.* Gloſſa *tres años.* Juan Gutierrez *de iuramento, part. 3. cap. 5. num. 4.* y queda con mas extenſion probado en el alegato ſobre dichos articulos en los *numeros 12. y 13.* Luego ſi en Napoles, Sicilia, in Camara Imperiali, Senatu Pariſienſi, Caſtilla, y otros Senados Supremos de Europa no corren fatales, no deben correr en eſte Senado, pues dicha Pragmatica no le comprehende, ni ay decreto de ſemejante comprehenſion; antes eſtà expreſſamente diſpueſto en el Reyno de Valencia, ſegun el *fuero 7. ſub rub. de appellat.* hablando de eſte Conſejo, ibi: *Como en aquel de Iuſticia non currant fatalia.* D. Matheu *de regim. Vrbis, & Regn. Valentiæ, cap. 12. §. 3. num. 62.* ibi: *Tum quia in hoc Supremo fatalia non currunt.*

4 Y es la razon, ò ya por lo que dize Vrſilis *in Addit. ad deciſ. 78. de Afflictis, num. 4.* ibi: *Dico hoc eſſe ſpeciale in Principe, quòd in cauſa introducta in ipſius Conſiſtorio fatalia non currant, vel quia ſic ei placuit, leg. quòd Principi, ff. de leg. vel quia non omnium quæ à maioribus noſtris introducta ſunt, ratio probabilis reddi poteſt, leg. non omnium, ff. de leg.* ò por que no ſe diga ſe quita la defenſa por la deſercion, Juan Baptiſta Muccio *in Addit. ad deciſ. 92. de Sanfelicio, num. 5. in fin.* ibi: *Non enim tranſeundum eſt ab vno extremo ad aliud, ſicque non inde, quia lites non protrahendæ ſunt, tollenda defenſio eſt.* Con lo qual ſe ſatisfacen los text. *in leg. properandum, C. de iudicijs;* y el *cap. finem litibus, de dolo, & contumatia.*

5 Es bien legal la diferencia de los pleytos que ſe reconocen en juizio de ſuplicacion en eſte Conſejo de ſentencias dadas en la Real Audiencia de Valencia, ò otro Tribunal inferior, reſpecto de los pleytos radicados en eſte Conſejo en juizio de ſuplicacion de ſentencias dadas por el meſmo Conſejo, y que verdaderamente pendent in Conſiſtorio Principis, pues en los primeros correràn fatales, no en los ſegundos, cuya diſtincion queda fundada en dicho alegato *à num. 15. vſque ad 18.* y con ella conciliados los DD. que afirman correr fatales in Supremis; y aſsimeſmo ſatisfecho à las *deciſ. 88. tom. 1.* y la *13. tom. 3.* del ſeñor Leon.

6 Y quando en dicha diſtincion quedaſſe duda, es innegable que ſi el Suplicante que no concluyò la ſuplicacion dentro del año quiere proſeguirla, y ſe le opone la excepcion de deſercion, puede, y debe eſte Conſejo guſtar los meritos de la cauſa principal, y ſi en viſta de ellos reconoce ſer la ſentencia injuſta, omiſſo capite deſertionis, decidir el pleyto principal, y mejorar la ſentencia, pues puede eſto hazerlo la Real Audiencia de Valencia, D. Leo *deciſ. 107. tom. 1. à num. 8.* ibi: *Sed his non obſtantibus fuit deciſum, poſſe Regiam Audientiam Valentinam quando conſtat de bono iure partis non curare de* de-

desertione, dummodò non sit pronuntiatum super desertione. Y aun el señor Matheu *de regim. cap. 12. §. 3.* despues de aver propuesto en el *num.70.* la question *an post declaratam causam desertam*, pueda instaurarse, y resuelto afirmative por dicho *fuero 7. de appellat.* dize *num.* 71. ibi: *Quòd explica cum D. Leo decis. 107. num. 18. dum per Principem in Supremo fiat, quia ante declarationem desertionis etiam si tempora fatalia lapsa sint, Regia Audientia* (hablando de la de Valencia) *poterit de meritis causæ cognoscere spreta desertione.*

7 Lo mesmo observan los demàs Senados, del de Napoles lo dize Vrsil. *in Addit. à dicha decis. 79. num. 2.* ibi: *Imò plus etiam vidi in praxi mea tempestate vigere in eodem S.C. quod decursis fatalibus post præsentationem processus aliqualiter Domini de Consilio antequam declarent appellationem desertam, cognoscere volunt de odore iustitiæ causæ principalis, & hoc de styllo Sacri Consilij sequentis æquitatem, qui styllus in Curijs debet observari.* Iuan Baptist. Mucci *in Addit. ad decis. Sanfelic. lib. 1. decis. 6. num. 23.* ibi: *Hacque ratione apud præfatos omnes DD. videbis semper in casu fatalium iudicando Sacrum Concilium voluisse principalis causæ instantiam degustasse.* Luego con superior razón procederà lo mesmo en este Consejo, y constando del buen derecho de la Marquesa, podrà decidir el pleyto omissa desertione.

8 Y no obstaria si se dixesse, que el no correr fatales en este Supremo, segun el *fuer. 7. de appellat.* debe entenderse como lo explica el señor Matheu *de regim. cap. 12. §. 3. num. 63.* ibi: *Dum non steterit per supplicantem*: y por consiguiente, que *cum steterit* por parte de la Marquesa no aver proseguido la suplicacion de la sentencia de este Consejo, ni concluido aquella, en estos terminos procederia la desercion, y no tendria lugar lo dispuesto en el fuero.

9 Porque de dos maneras puede dezirse, *quòd stetit per supplicantem*, ò por pura negligencia; y en estos terminos habla el señor Matheu *loco citato*, ò por impotencia; y para discernir de què extremo nace la retardacion, lo que in promptu no se puede probar, deben gustarse los meritos de la causa principal, para ver de ella si debe presumirse negligencia, por carecer la causa de justicia, ò impotencia del suplicante, examinando su buen derecho; y en este caso se debe decidir el pleyto principal *ne pereat iustitia*: assi lo dize Juan Baptist. Mucci *in Addit. ad decis. Sanfelic. lib. 1. decis. 6. num. 23.* que và à la letra en el alegato sobre los Articulos, *num. 17.*

10 Y si se replicare, que aunque para conocer de la desercion se deban gustar los meritos de la causa principal, pero non ita exactè scrupulosè, como quando super meritis causæ principalis pronunciandum est, Fontanel. *decis. 406. num. 1.* y assi, que se avria de decidir in præsenti à favor de la desercion, pues quando la sentencia de

que

que se suplica no es notoriamente injusta, aunque sea injusta solamente, si exactè, & scrupulosè scrutetur, como quando agitur super desertione no se trata exactè, & scrupulosè, no constaria ser injusta si non est notoriè iniusta, y que no siendolo notoriamente la dada por este Consejo, aunque se gustasse de los meritos de la causa principal non exactè, & scrupulosè, no constaria ser injusta, y procederia la desercion.

11 Se responde, que la desercion es pena, y por consiguiente odiosa, y en duda debe juzgarse contra ella, *l.1. ff si quis cautionibus*, D.Matheu *de regim. cap.12. §.2. num.*187. y aun en el *num.*190. y 191. dize, ibi: *In Supremis Tribunalibus non curatur scrupulosè de desertione*; y supone lo mesmo de los Senados de Valencia, Napoles, y Cataluña; y añade: *Imò in eis desertio nunquam debet declarari quin scrutetur processus, & iustitia vtriusque partis appendatur (quamquam non ita exactè fieri dicat Fontan.decis.406.num.1.sicut quando super meritis pronuntiandum est, quæ verba potius calumniantis, quam Doctoris differentis sunt) quia valdè iniquum esset sententiam iniustam per indirectum confirmare desertam appellationem pronuntiando.* Con lo qual no obsta la diferencia de sentencia notoriamente injusta, ò injusta solamente, si exactè, & scrupulosè scrutetur processus; y mas quando la duda no cabe en el litigio presente; pues para lo justificado, y erudito de este Consejo, donde todos los pleytos se miran como deben mirarse exactè, & scrupulosè, no ay sentencia que notoriamente no sea justa, ò injusta, ni entre estos extremos cree mi veneracion in præsenti pueda aver medio.

§. II.

Articulo de instauracion, y sus fundamentos.

12 ALegan los herederos de Don Onofre Cruilles, que por parte de la Marquesa en peticion de 18. de Enero de 1697. se avria pedido, no solo citacion de ellos, si tambien instauracion del pleyto, por lo que avria renunciado al derecho que tenia para seguir la causa principal omisso capite desertionis, y este Consejo decidirle (segun lo confiessan dichos herederos en pedimiento de 3. de Agosto de 1698. en el pleyto, fol. 103.) por aver elegido esta via, *leg.Prætor, 13. §.fin. ff. de vacation. & excusat.mun.* ibi: *Semel enim agnoscendo iudicium renuntiat excusationi*; Carleval *de iudicijs, lib.1. disput.2. num.*374. *ante med.* y asi que avria articulo pendiente de instauracion, y que esta no procederia, pues no constaria de justa causa.

13 EN la peticion de 18. de Enero, presentada por la Marquesa, se expressa el estado del pleyto, averse retardado su prosecucion, y concluye diziendo: *A V.M. pido, y suplico en quanto menester sea, y en fauor de mi parte por Derecho estè establecido instaurar dicha causa, y por retardada concederme Reales letras citatorias*; y esto con las clausulas: *Implorato Iudicis officio, & omni meliori modo, &c.* que obran el que *libellus in casu dubio intelligatur, prout est actori fauorabilior*, Scaccia *de iudicijs, cap. 50. num. 27.* Cancer. *variar. part. 2. cap. 14. de Procuratoribus*; cuyo modo de pedir no es renunciar al derecho de prosegnir el pleyto omisso capite desertionis; lo que podria solo tener cabimiento si la Marquesa huviera sido reconvenida en la pretendida renuncia, y huviera consentido tacitè, vel expressè, idem Carleu. *vbi suprà*; y assimesmo si huvieran precedido otras circunstancias, que se expressan, y vàn fundadas en dicho alegato, *num. 21.* pues dezir, que se instaurasse la causa *en quanto menester sea*, no fue apartarse de que el Consejo la decidiesse, prout à iure stabilitum est, *leg. destitisse, 21. ff. de minorib.* ibi: *Destitisse autem videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiauit in totum*; y dicho modo fue *condicion*, id est, *in quantum*, que es lo mesmo que *quatenus*, diccion que induce condicion, August. Barbos. *remissiones DD. tract. de diction.* y es lo mesmo que dezir *Peto ius, & iustitiam ministrari*: clausula que obra el remedio mas vtil, idem Barb. *tract. de clausulis, dicta claus.* y el que *libellus sustineatur ex causa apta, licèt super incepta sit conclusum*, Scaccia *vbi suprà, num. 26.* Luego si en Derecho no necessita de instaurarse este pleyto, puede proseguirle la Marquesa, y el Consejo decidirle omissa desertione, como assi lo confiessan los herederos de Don Onofre Cruilles, aunque la Marquesa sub conditione en quanto menester sea de Derecho, huviere pedido la instauracion, no necessitandose de Derecho, falta la condision, y es como si no se huviera pedido, *l. 1. & tot. tit. ff. de condit. & demonstr.* De que resulta no aver articulo pendiente de instauracion, y que es menos legal la suposicion de los herederos de Don Onofre Cruilles.

14 Y caso negado se huviera pedido, y necessitasse este pleyto de instauratorias, debia instaurarse, assi por lo que queda fundado, como por estar expressamẽte dispuesto en dicho fuero 7. *de appellat.* ibi: *Por esso el dicho Braço Eclesiastico suplica à V.M. sea merced de aquella proveer, y estatuir poder, y deber otorgar por V.M. instauratorias de las causas de suplicaciones, &c.*

15 Y no obstaria que el fuero 7. *de appellat.* no seria fuero, sino auto de Corte, y que solo comprehenderia al Braço Eclesiastico, y

aſsi,que en virtud de èl no podria inſtaurarſe eſte pleyto,que ſe ſigue entre perſonas del Braço Militar, por ſer hecho à pedimiento, y ſuplicà ſolo del Braço Eclesiaſtico, ſin expreſſo conſentimiento del Militar; lo que podria fundarſe en que los fueros en Valencia fiunt calatis comitijs, ſicut leges latæ fuerunt tempore Romanorum convocato, & conſentiente populo, *§.lex* 5. *Inſtit.de iure natur. gen. & ciuili*, D Math.*de regim. cap.*1. *§.*2. *num.*47. y que el Pueblo Valenciano, y ſu Reyno ſe divide en tres Braços,ò Tribus,como el Pueblo Romano, que antiguamente eſtava diſtribuìdo en treinta Curias, ſe dividiò deſpues en tres partes, ò Tribus, *l.*2. *§.*20. *ff.de origine iuris*; eſto es, Eſtamento Eclesiaſtico,Militar, y Real, Illuſtriſsimus Creſpi *obſeru.*15.*num.*188. 193.*y* 196. D.Matheu *de regim.cap.*3. *§.*1. *num.*42. 56. 78. Y aſsi,que no ſeria fuero faltando el conſentimiento de todo el Pueblo, ſino auto de Corte, que no es otro que vna Conſtitucion in comitijs generalibus, hecha por el ſeñor Rey que la decreta à pedimiento, y ſuplica de vno de dichos Braços ſolamente, no conſintiendo los demàs, D.Matheu *de regim. cap.*1. *§.*2. *num.*49. Illuſt.Creſpi *obſeru.*1. *num.*200. *& obſeru.*111. *num.*6. y que el auto de Corte ſolo comprehende à las perſonas de aquel Braço ad cuius propoſitionem ſe obtuvo, y no à las de los demàs Braços, Illuſtriſ. Creſpi,& D. Matheu *locis citatis*.

16 Pero todo debe entenderſe con la limitacion ſiguiente; eſto es,quando aquel Braço, ò Braços que no hizieron la ſuplica del auto de Corte in generalibus comitijs, proteſtan, y contradicen à la Conſtitucion propueſta; pero quando en el meſmo auto de Corte el Braço, ò Braços que no hizieron la propueſta, y pedimiento, no proteſtaron,ni contradixeron, les comprehende à todos, y es fuero; Belluga *in ſpecul.Princip. rubr.*47.*num.*4. D.Leo *deciſ.*21. *tom.*1. *per totam*, Fontanel.*de pactis nupt. clauſ.*3.*gloſſ.*3. *num.*70. Illuſtriſsimus Creſpi *obſeru.*111. *num.*42. D.Matheu *de regim.cap.*1. *§.*2. *num.*49. donde refiere averlo decidido aſsi la Real Audiencia de Valencia en el litigio que ſe ſuſcitò ſobre el auto de Corte de las del año de 1564. decretado à pedimiento de los Braços Eclesiaſtico, y Real, en que fue diſpueſto, que los Pobladores de los Lugares, y Villas ſitos cerca el Rio de Millas, que tuvieſſen eſtanques de agua para amerar cañamo, que ſe deſaguaſſen en dicho Rio, les mudaſſen dentro breve termino en eſtos Lugares donde huvieſſe otros deſaguaderos que no paraſſen en dicho Rio; y aviendoſe preconicado para ſu obſervancia en los Lugares de Cirat, Argelita, y Toga, Don Pedro Carròs de Villaragut, Señor de eſte Lugar, pro ſuo intereſſe, reſpecto de tener alli algunos eſtanques, apelò à la Real Audiencia, entre otros motivos, porque el auto de Corte no podria comprehenderle, como à

per-

persona del Braço Militar, à cuyo pedimiento no se obtuvo; y no obstante se decidiò, que por quanto no constava huviesse protestado el Sindico del Braço Militar *tempore editionis dicti actus Curiæ, in viam iuris* comprehendia à todos los del Braço Militar, y tenia fuerça de fuero.

17 Y la razon consiste en que aunque vno de los Braços solo haga el pedimiento, como todos los Braços se hallan presentes en las Cortes Generales, callando, y no protestando, *consentire videntur*, *leg. qui tacet*, & ibi DD. *ff. de regulis iuris, cap. qui tacet, de reg. iuris, in 6. & cum taciti, & expressi idem fit iudicandum, l. 3. ff. de rebus creditis, l. 4. ff. de pactis,* es lo mesmo que si expressamente huvieran consentido, y mas en terminos de no ser el auto de Corte perjudicial, sino favorable al Braço que calla, y no protesta, *l. 1. §. penult. ff. nautæ caupones, & stabularij, l. 60. §. 2. l. 18. ff. mandati*, Bas. *in theatro iuris prud. forens.* Valer. *tom. 1. in præludio.*

18 Sin que à esto obste, que el instaurar las causas, aunque sea favorable à la Marquesa, no lo es à los herederos de Don Onofre Cruilles; porque el ser favorable vn auto de Corte à las personas del Braço que no le pidiò, ni protestò, se debe entender consideradas aquellas *generaliter loquendo*, no respecto de algun particular; y generalmente no es dudable serles favorable la instauracion de las causas, *ne tollatur defensio, & iustitia pereat*: assi lo persuade el caso decidido, pues aunque el mudar los estanques en algun modo no fuesse favorable à Don Pedro Carròs, era favorable à las personas del Braço Militar *generaliter loquendo*, para que no se infectassen las aguas del Rio de Millas, por lo que deben desestimarse los articulos, y decidirse el pleyto principal; y no obstante que en el alegato sobre aquel queda bastantemente fundado el derecho que assiste à la Marquesa, se manifestarà mas *in sequentibus*.

§. III.

Que la Marquesa està expressamente llamada en la claus. 9. y ha venido el caso de su vocacion.

19 TRes cosas debe probar quien pretende la sucession de vn Fideicomisso, ò Mayorazgo: *Vocatum fuisse, habere qualitatem sub qua vocatus, & suæ substitutionis casum evenisse, l. 1. Cod. quorum bonorum, leg. filius qui patri, §. cum filius, ff. de bonis libertorum,* D. Molina *de Hispan. primog. lib. 1. cap. 4. n. 5.* D. Larrea *decis. 33. n. 33.* y para que à vn mesmo tiempo conste de las propuestas en este §. ser

lega-

legales los motivos de la ſentencia de la Audiencia de Valencia, y que no deben eſtimarſe, hablando con la veneracion debida al Conſejo, los que tomò por fundamentos en ſu ſentencia; Se debe ſuponer el hecho verdadero, que la vacante que ſe diſputa es por muerte de Don Diego Sanz (Caſa 6.) vltimo agnado de los dos hijos varones del teſtador Don Onofre Sanz (Caſa 2.) y Don Baltaſar Sanz (Caſa 3.) y vltimo poſſeedor legal de eſte fideicomiſſo primogenial; en cuya vacante, por falta de las lineas maſculinas de dichos dos hijos, y deſcendientes varones de varones de aquellos, llamò en dicha clauſ.9. à la hija mayor de Don Onofre Sanz primogenito, ſi fuere viva, dandole facultad de poder elegir à vno de ſus hijos varones, queriendo, vt in dicta clauſ. ibi: *Aſsi ſe ſiga de vnos hijos en otros de dicha hija mayor del dicho Don Onofre Sanz de la Loſa, y deſcendientes de aquellos in perpetuum.*

20 Y aviendo muerto dicha hija mayor, que es Doña Vicenta Sanz, la de la (Caſa 5.) antes de faltar D.Diego Sanz, vltimo agnado, y poſſeedor legal, y por conſiguiente ſin aver aquella elegido, ni podido elegir, debe entrar la ſuceſsion en los hijos, y deſcendientes de dicha Doña Vicenta, de los quales fue el primogenito Don Melchor Cruilles (Caſa 7.) padre de la Marqueſa, que aunque ſobreviviò à ſu madre Doña Vicenta, premuriò à Don Diego Sanz, por lo qual ſucediò la Marqueſa, como deſcendiente mas proxima de la linea primogenita, y excluyò à Don Onofre Cruilles (Caſa 8.) hijo ſegundogenito de dicha Doña Vicenta, pues no ſe halla excluìda la linea primogenita de Don Melchor ſu padre, antes expreſſamente llamada, ſin expreſsion de varones, y hembras, en la dicha clauſ.9. ibi: *Y aſsi ſe ſiga de vnos hijos en otros de dicha hija mayor del dicho Don Onofre Sanz de la Loſa, y deſcendientes de aquellos in perpetuum*; en las quales palabras: *Y deſcendientes de aquellos*, eſtàn llamadas las hembras de la linea primogenita, por ſer de ſuceſsion regular, y comprehender entrambos ſexos, *leg.liberorum, ff.de verb.ſignific.l.1.l.2.leg.Modeſtinus,8.ff.vndè cognati*, como ſe eſtimò en la ſentencia de la Audiencia de Valencia, y ſe manifieſta el literal y expreſſo llamamiento de la Marqueſa, pues para eſte no ſe requiere eſtè nombrada nomine proprio, pues baſta lo eſtè nomine appellativo, vel demonſtrativo, *§.ſi quidem in nomine, Inſtit. de leg.* ibi: *Nomina enim ſignificandorum hominum gratia reperta ſunt, qui ſi alio quolibet modo intelligantur nihil intereſt, leg.quoties, 9. §.ſi quidem nomen, ff.de hæred.inſtit. leg.certum,6. ff.de reb.credit. leg.nominatim,34.ff.de conditionibus, & demonſtr.*

21 Porque el caſo que diò motivo al litigio, fue omiſſo por el teſtador en lo reſpectante à la eleccion, pues ſolo diò la facultad de elegir à dicha hija mayor, *ſi fuere viua* al tiempo de la muerte del

vlti-

vltimo agnado, y para despues de aver sucedido aquella en el Fideicomisso, sin prevenir la contingencia de la muerte del primogenito dexando descendientes, sobreviendo el segundogenito que les compitiesse la sucesion, y por caso omisso en lo electivo, y de llamamiento expresso de hijos, y descendientes en dicha claus. 9. en donde no se expressò en lo dispositivo, y condicional calidad de *masculinidad*; pues esta solo se halla en la facultad de elegir concedida à la hija mayor, ser la sucession que se disputa perpetua, y individua, debe govenarse segun lo dispuesto por el testador en el llamamiento de descendientes, y de derecho en la sucession de Fideicomisso primogenial, ò Mayorazgo regular, *leg. comodissimè, & ibi DD. ff. de liber. & posthum.*

22 En la sucession regular se guardando las quatro calidades, *linea, grado, sexo, y edad*, D. Molin. *lib. 3. cap. 4. num. 13. vbi Addent.* Fontanell. *decis. 34. num. 5.* y quien se halla en la linea tiene la mejor prerrogativa, y por ella solo cessan grado, sexo, y edad, D. Molina *dict. lib. 3. cap. 6. num. 5.* de que resulta el derecho de la Marquesa, y exclusion de Don Onofre Cruilles segundogenito, pues naciendo Don Melchor, padre de la Marquesa, y primogenito, continuò la primogenitura de su madre para sì, y sus descendientes, exclusiva de Don Onofre Cruilles segundogenito, y de los suyos, pues cada vno de los hijos de los posseedores, ò sucessores en los Mayorazgos, ò Fideicomissos primogeniales, constituyen linea para sì, y los suyos, guardando en la inclusion, y exclusion el orden del nacimiento, para entrar sucediendo despues cada qual en su caso, idem D. Molin. *lib. 3. cap. 6. num. 30. vbi Addent.* Roxas *part. 1. cap. 6. num. 169.* y la linea recta solo se continùa en el primogenito de cada vn posseedor actual, ò habitual, D. Molina *lib. 3. cap. 6. num. 33. & 51.* Torre *de maiorat. tom. 1. cap. 5. num. 13.*

23 Sin que las premoriencias de Doña Vicenta Sanz, y de su hijo primogenito Don Melchor, respecto de Don Diego Sanz, vltimo posseedor legal, puedan alterar el orden de la sucession referida, no aviendo elegido, ni podido elegir Doña Vicenta; pues en la sucession de fideicomisso primogenial, no solo se considera la linea *actual*, si tambien la *habitual*, que es la que puede entrar à suceder en algun tiempo, y caso; y venido este, tiene la mesma eficacia que la linea actual, por la potencia del que naciendo la diò principio, y sucediera en la primogenitura, si al euento del caso le huviera hallado vivo, pues importa lo mesmo quoad effectum la potencia de suceder, que el acto efectivo de aver sucedido, D. Molina *lib. 3. cap. 6. à num. 29. vsque ad 39.* de Luca *de linea legali, tom. 1. art. 8. num. 51. y 52.* Roxas *part. 1. cap. 6. num. 146.*

Por

24 Por lo qual el que ſe halla en la linea primogenita de aptitud, como la Marqueſa, hija mayor de Don Melchor, primogenito de Doña Vicenta (Caſa 5.) debe excluir à Don Onofre (Caſa 8.) y ſegundogenito, de la manera que le huviera excluìdo ſi dicha Doña Vicenta huviera ocupado la linea actual, y de ella hecho tranſito la ſuceſsion à Don Melchor primogenito, y huviera muerto como muriò non facta electione: expreſſamente lo prueba la *l.2. tit.15. partit.* 2. D.Molina *lib.3. cap.6. à num.4.* Robles *de repræſentatione, lib.2. cap.3. à num 4. vſque ad 9.* D.Molina *dict.lib.3. cap.6. num.37.* ſus Addit. *lib.3. cap.7. num.4.* de Luca *de linea legali, art.8. num.51.* Roxas *de incompat.part.1.cap.6.à num.146.* Palma *allegat.84.num.15.* y dize hallarſe decidido en caſi todo el Orbe Chriſtiano, Faria *ad D.Couarrub. pract. quæſt. cap.38. num.44.* D.Leo *deciſ.109.tom.1. à num.11.*

25 Ni la premoriencia de Don Melchor Cruilles puede impedir ſe tranſmita el derecho de eſte fideicomiſſo à la Marqueſa ſu hija; porque aunque el derecho no adquirido al tiempo de la muerte no puede tranſmitirſe, *leg.vnica, §.ſin autem, C.de caducis tollend.l.1.§.21. ff.de collatione bonorum*; pero en los fideicomiſſos primogeniales, en que ſucede vno deſpues de otro, aunque muera el que fue cabeça de la linea antes de entrar en ella la ſuceſsion, tranſmite el derecho de primogenitura à ſus deſcendientes en fuerça de la aptitud adquirida al principio con ſu nacimiento, para que llegado el caſo de ſu vocacion, ſuceda cada vno con excluſion de los demàs; D.Molina *lib.3. cap.6. num.37.* Gregorio Lopez *in l.9. tit.7. part.2. verb. Del linage,* Roxas *part.1. cap.6. num.160. & 164.* de Luca *de linea legali, art.27. num.25.* Mieres *de maiorat.part.2.in initio, num.509. & 528. & part.2. quæſt.6. num.37. & 38.* Cancer *variar.3.part. cap.21.num.297. 298. & 299.* Robles *de repræſent. lib.2. cap.30.num.20.* Caſtillo *lib.5.cap.138. à num.14.*

26 Y ſeria de poca eficacia ſi ſe dixeſſe, que dichos DD. ſe fundarian en la *l.40.de Toro,* y en *l.2.tit.15.partit.2.* que no tendrian lugar en el Reyno de Valencia, porque dichas leyes no ſon correctorias, ſino declaratorias del Derecho Comun, D. Molina *lib.3. cap.6. num.24. vbi Addent.* Mieres *de maiorat. part.1. quæſt.1. num.277. & 278.* lo prueba de la *l.9.tit.13.part.6. del proemio de las leyes de las Partidas,* y de la *l.1.de Toro;* y Robles *de repræſent. lib.2. cap.29.num.14.* dize, que la *ley 40.de Toro, non fuit ædita ad perpetuandam inter omnes repræſentationem, ſed ad clarè decidendam illam difficilem inter DD. quæſtionem inter patruum, & nepotem,* y que las leyes de Toro no ſon correctorias, ſino declaratorias del Derecho Comun. Greg. Lopez *in l.9.tit.13.part.6.* verbo *A mudar,* ibi: *Vt caveas multum in dicendo ll.*

Par-

Partitarum aliquando corrigere ius commune, nam cum voluit id expressit; por lo qual se expressan alli las palabras: *E à esso nos mouimos à mudar.*

27 D. Leo *dict. decis.* 109. *tom.* 1. aviendo propuesto la question de patruo, & nepote ex filio primogenito prædefuncto, dize *num.* 4. ibi: *In nostro autem Regno Valentiæ non est forus, siue lata lex, quæ dirimat hanc controversiam, & ita secundum rationem naturalem dirimenda venit.* Y es porque en el Reyno de Valencia quando no ay Fuero, Real Privilegio, Carta, ò Pragmatica, se debe juzgar secundum rationem naturalem, juxta *for.* 1. *&* 4. *in proœmio fororum*; esto es, segun el Derecho Comun, que nititur ratione naturali, primero el Canonico, despues el Civil; y faltando disposicion expressa Canonica, ò Civil, se juzga, y debe juzgar segun las leyes de los Reynos mas vezinos, *cap. super eo*, 22. *de censibus*, ibi: *Illud observare tenetur quod in vicinijs Prouincijs observatur.* Illust. Crespi *obseru.* 9. *num.* 5. Bas. *in theatro Iurisprud. in proœmio, num.* 152. luego debe juzgarse este litigio segun lo dispuesto en dichas *l.* 40. *de Toro*, y la *ley* 2. *tit.* 15. *part.* 2.

28 Tambien por el derecho de representacion debe suceder la Marquesa, porque si viviera su padre D. Melchor (Casa 7.) tempore delatæ successionis, huviera sucedido, D. Molina *lib.* 3. *cap.* 7. *num.* 1. ibi: *Repræsentatio habet locum in filio in successione maioratus eo casu, quo pater si viueret posset succedere*; & *num.* 5. ibi: *Quando agitur de successione ascendentium ius repræsentandi ad omnes descendentes est protrahendum.* Robles *de repræsent. lib.* 2. *cap.* 5. *num.* 8. afirma, que el nieto del padre prædefuncto, representando à su padre, sucede en el Mayorazgo en exclusion del tio, aunque fuera muerto ante maioratus institutionem, Roxas *part.* 8. *cap.* 5. *num.* 41. ibi: *De iure Regio, & Cæsareo, nepotes repræsentant personam patris.* Y en el Reyno de Valencia no ay fuero que corrija lo dispuesto de Derecho Comun en orden à la representacion; y en la sucession intestada lo afirma el señor Leon *decis.* 52. *tom.* 1. *num.* 14. ibi: *Sed attento iure Cæsareo, & iure Communi huius Regni nimirum, iuxta §. cum filius, Instit. de hæred. quæ ab intest. deferunt, & for. 2. de intestatis: Nepotes ex filio præmortuo concurrunt cum patruo in successione bonorum aui.*

29 Y aun los DD. que niegan la representacion en la sucession de los fideicomissos, la conceden en terminos de la vocacion de dicha claus. 9. y llamamiento de *descendientes*. D. Casanate *consf.* 59. *à num.* 1. propone la question, y recita los DD. que pro vnaque parte la defienden, y *num.* 3. ait ibi: *Nam ius repræsentationis solum obtinet locum in vocatis per nomina collectiua, plurium graduum velati familia descendentes, liberi agnati, cognati; non tamen admittitur repræsentatio,*

vbi

vbi vocantur aliqui per nomina appellatiua collectiua vnius gradus, tantum, veluti filij, fratres, nepotes, tunc enim solum potest tractari de vi comprehensiua verbi filius, non autem de vi repræsentationis. Y dà la razon de diferencia, *num.6.* ibi: *Nam quando testator vocat aliquos per nomina collectiua plurium graduum, videtur testator in sua vocatione se conformare cum vocatione legis, quæ per nomina collectiua plurium graduum vocat, primum descendentes, deinde ascendentes, demum transuersales. Vnde tunc facilè est ex vocatione legis inferre interpretationem, & coniecturam ad vocationem hominis, cum testator, & lex eisdem verbis collectiuis plurium gradum pariter vtantur, secus verò quando testator vocat per nomina collectiua vnius gradus, quia tunc aliter vocationem facit testator, quam lex faciat. Vnde non potest ex vocatione legis repræsentationis coniectura inferri ad vocationem hominis, cum termini sint diuersi.*

30 Y no es de consideracion que la Marquesa por ser hembra no podria representar la persona de su padre; pues satisface Aguila *in Addit. ad Roxas de incompatib. part. 1. cap.6. num.225.* ibi: *Item, quia in repræsentatione non habetur respectus ad qualitatem personæ repræsentantis, sed repræsentatæ, argum. leg. si donatæ, 37. §. si sponsus, ff. de donat. inter. Tiraquel. de primog. quæst. 40. num. 55. in fin. Gomez in leg. 40. Tauri, num. 61. Roxas de succes. cap. 3. num. 31. D. Molina lib. 3. cap. 5. num. 47. & sic nihil refert fœmina an masculus sit, dum in linea existat.* Y aunque el señor Molina *dict. lib. 3. cap. 6. num. 49.* dize, ibi: *Cum enim masculinitas parentis in filiam transmitti non possit, nec etiam ab illa repræsentari,* no se opone à la sucesion de la Marquesa, y representacion referida, pues no ha menester representar la masculinidad de su padre, porque basta se le represente, y comunique el derecho de primogenitura, D. Molina *dict. lib. 3. cap. 6. num. 51.* ò qualquier otro que le competia à su padre para suceder por razon de qualquier calidad; Addent. ad D. Molina *dict. lib. 3. cap. 6. n. 49.* ibi: *In hac materia etsi verum sit, quod aliquæ qualitates secundum sententiam plurimorum non possint repræsentari, repræsentatur tamen proculdubio, seu communicatur ius primogenituræ, seu quod vis aliud, quod patri ad succedendum ratione dictarum qualitatum competebat.* A mas, que quando el testador no contemplò la masculinidad, y llamò hembras à la sucesion, la hija del primogenito excluye al tio por toda razon, y no puede ser excluìda sino por varon eiusdem lineæ, & gradus, D. Molina *dict. lib. 3. cap. 8. num. 10.* Robles *de repræsentatione, lib. 1. cap. 12. num. 51.* & alij citati ab Aguila *in Addit. ad Roxas, dict. part. 1. cap. 6. à num. 205. ad 209.* y solo en caso de estar contemplada la masculinidad, se excluye la hija del primogenito por el tio, y varon remotioris lineæ, idem D. Molina *vbi proxime, num. 8.*

31 Ni obsta que el llamamiento de la hija mayor en la claus. 9.

y

y demàs antecedentes, y ſubſequentes, eſtarian hechos con la circunſtancia *ſi fuera viua*, y que eſta importaria condicion que deberia verificarſe en el ſobreviviente al tiempo de la vacante, y que ſiendolo ſolo Don Onofre Cruilles (Caſa 8.) por la premoriencia de ſu hermano Don Melchor (Caſa 7.) èl ſucederia, excluyendo à la Marqueſa, y quedaria perturbado el orden de ſuceſsion regular de Fideicomiſſo primogenial, por los DD. que citan D.Molina *lib.3. cap.8.num.*20 Roxas *part.8.cap.5.à num.*22 Fuſar.*quæſt.*490.*num.*59. porque de la diſpoſicion del teſtador ſe convence ſolo expreſsò el addimento *ſi fuera viua* à las perſonas que llamò por cabeças de las lineas; y ſiendo aſsi, que en cada vno de los llamamientos, para en caſo de no ſer vivos reſpectivè, proſigue llamando à los deſcendientes del predeſuncto, en ninguno de ellos añadiò circunſtancia de ſobrevivencia: luego en el ingreſſo de ſuceder los hijos, y deſcendientes de dicha hija mayor, llamados en la clauſ.9.no puede ſer de conſideracion la ſobrevivencia de Don Onofre, reſpecto de Don Melchor, para excluir à la Marqueſa.

32 Y quando eſto no fuera aſsi, no obſtarian dichos DD. por hablar en caſo de llamamiento diſtante de los de eſte litigio hecho al *hijo mayor que fincare viuo al tiempo de la muerte del vltimo poſſeedor*; y aunque en eſtos terminos queda probado lo contrario en dicho alegato, y que la circunſtancia *ſi vivus foret tacitè à iure ineſt*, Addent. ad D.Molina *lib.3.cap.8.num.*20. *verſ. ſane*, Roxas *part.8.cap.5. num.* 23. Fuſar.*quæſt.*490.*num.* 58. Caſtillo *lib.3.cap.19.num.*342. ſe añaden Seſsè *tom.1. deciſ.5. num.*43. ibi: *Hæc conditio ſi vivus foret tacitè à iure ineſt, taliter quod actus ſubſtitutionis, ſine eo nullo modo valere poteſt, & ſic dicitur à DD. neceſſaria ad actum, à iure tacita, & deſcendens, & ſic expræſsio eius non operatur, ita quod nec conditionalem faciat actum, & ſic nec tranſmiſsionem impedit*. Y aunque en la *deciſ.*242. *tom.*3.*num.*35. *y* 36. en terminos de Fideicomiſſo niega la tranſmiſſion, habla de Fideicomiſſo *condicional*, y no en los nueſtros, de Fideicomiſſo puro, pues no puede hazerle condicional la circunſtancia *ſi vivus foret*, como lo dexò dicho *dicta deciſ.5.tom.1. num.*43. y en la *deciſ.*243. *eodem tom.*3. propone la queſtion del derecho condicional in contractibus, y dize ſer tranſmiſsible, aunque antes del evento de la condicion muera el ſtipulador, aſsigna la diferencia reſpecto de las vltimas voluntades, porque en las ſtipulaciones entreviene el hecho del ſtipulador, el qual vult ſibi proſpicere, & ſuo hæredi; lo que no ſucede en el legatario, ò heredero de herencia condicional, cuius nullum factum intervenit: y aunque *num.*3. dize, que no ſe dà tranſmiſsion quando en los contratos ſe ſubſtituye à otro baxo la condicion *ſi vivus foret*, eſto no procede en las vltimas voluntades, y

y

y fideicomissos; y dà la razon, porque quando en los contratos se pone la condicion, quod res perveniat ad talem *si vivus foret*, entonces facta est restrictio ad personam illius, y en las vltimas voluntades solo es expresion de lo que tacitè inest.

33 Illustrisimus Crespi *obseru. 22. quæst. 4.* suscita esta question, y despues de aver probado *à num. 125. vsque ad* 133. que esta condicion *si vixerit*, tacitè inest, y que no induce nueva disposicion, porque adiecta est substitutionibus de aquel modo quæ tacitè inest, en contraposicion de la condicion *si voluerit* puesta en los legados, *ait num. 134.* ibi: *Duo autem cum de his agimus, animadvertenda sunt, alterum cum dubitatur, an expræssio eius quod tacitè inest, facta sit eo modo quo tacitè inest, vel alio modo quo inest, semper præsumi eo modo fieri, & non induci novam dispositionem.*

34 Y si pudiera aun caber duda, no la avria en nuestros terminos, porque quando al llamamiento del sobreviviente añade el testador el de los hijos, y descendientes (vt in præsenti, segun consta en todas las clausulas) aun los que estuvieron negativos dizen deben admitirse los hijos, y descendientes del prædefuncto, à mas de los citados en el alegato, Cancer. 3. *p. cap.* 21. *quæ à num.* 305. *vsque ad* 325. defendiò lo contrario *n.* 326. ait ibi: *Substitutis per fideicommissum superstitibus, & eorum liberis obiter libet advertere præmortuorum filios admitti.*

35 Illustrisimus Crespi *dict. obseru.* 22. *quæst.* 4. *num.* 170. ibi: *Immo existimarem, & eos qui nervosè defendunt, quoties supervivientes vocantur non admitti liberos prædefuncti admisuros eos si vocatos agnoscat, & quoties vocati sunt rem esse extra controversiam contendo*; y cita à Peguera en la *decis.* 114. que defendiendo la sucesion del tio sobreviviente, en contraposicion del hijo del primogenito prædefuncto, *num.* 30. pone por limitacion el caso de estar llamados los hijos, ò el de aver conjeturas que persuadan su llamamiento. Et etiam ait, *num.* 176. ibi: *In Maioratibus autem Hispaniæ, de quo noster sermo est, in quibus vocatio filiorum omnium ex ipsa institutione inducitur, præferendos filios, etiam si SVPERSTITES, testator vocauerit dummodò in specie non reperiantur expressè exclusi concors iam sententia est.* Y concluye este numero diziendo: *Et non esse recedendum ab ea in iudicando, & consulendo. Quoties iure primogenituræ succeditur nepos patris prædefuncti patruo superviuenti præferatur.* Y fenece la question, *num.* 181. ibi: *Atque ita in hac quæstione quam Baldus pro vtraque parte examinat in leg. quoniam in prioribus de iure deliberandi, & inquit in ea ad Principem recurrendum, & quod eam solvat Apolo, responderi potest iam plurium Senatum decisionibus principalibus rescriptis consuetudine, & interpretum sententia solutam esse, & in fauorem filiorum contra substitutum superviventem decisum in primogenijs, & maioratibus Hispaniæ.*

§. IV.

§. IV.

Que no le obsta à la Marquesa defecto de calidad alguna para la sucession que se disputa.

36 SI le faltàra, seria la calidad de varon, porque seria el Fideicomisso que se disputa agnaticio perpetuo, segun supone la sentencia de este Consejo; pero con la licencia de defensor de la Marquesa, y venerando como debo la censura del Consejo, cree mi cortedad persuade lo contrario la voluntad, y disposicion del testador, pues aunque en los primeros llamamientos, y lineas de Don Onofre Sanz (Casa 2.) y Don Baltasar (Casa 3.) sus hijos, y descendientes varones de varones de ellos, contemplò la agnacion verdadera, no solo por que en todos expressò la calidad de varon, D. Molina *lib.3. cap.5. num.29. &* 50. vbi Addent.*num.25. versic. Nos verò*; si tambien por ser el testador instituìdo, y hasta entonces substituìdos todos agnados, Thesaur.*decis.188. à num.2.* Fusar.*de substit. quæst.* 311. *num.33.*

37 Pero de esto no se infiere concepto perpetuo de agnacion para despues de fenecidas las lineas masculinas de Don Onofre, y Don Baltasar, pues en falta de ellas, en dicha clausula.9. llamò à la hija mayor de Don Onofre, sus hijos, y descendientes, claus. 10. à la hija segunda, y despues à las demàs, claus. 11. en defecto de la descendencia femenina de Don Onofre à la hija mayor, despues à la segunda, y succesivè à las demàs de D. Baltasar, claus. 12. à Doña Geronima su hija, claus. 14. à vna de las hijas de Don Ramon Sanz su sobrino; y por los llamamientos de hembras cessa el concepto de agnacion, persuadido de aver llamado varones de varones en las vocaciones antecedentes; D. Molina *lib.3. cap.5. num.29.* vbi Addent.*num.25. &* 30. el Obispo Roca *disput. iuris select. tom.1. cap.3. num.33.* Lara *in compendio vitæ hominis, cap.30. num.28.* Y es muy frequente ser vn Mayorazgo, ò Fideicomisso de rigurosa agnacion en las primeras vocaciones, y que extinctas estas, se continùe por naturaleza regular, D. Molina *lib.1. cap.5. num.31.* Roxas *part.1. cap.6. num.308.* porque solo es aver dispuesto lineas de limitada agnacion, para que despues de acabados los varones de varones, se continùe la sucession en forma regular, de Luca *de linea legali, tom.1. art.10. num.7.* Torre *de maior. tom.1. cap.25. num.18.* el Obispo Roca *vbi suprà, cap.3. num.34.*

38 Sin que se oponga, que en virtud de las palabras: *Como està dicho de suso, y en el modo de susodicho*, de la claus. 9. como à relativas

de

de las vocaciones de varones de varones, y pueſtas deſpues de los hijos varones, y deſcendientes de la hija mayor, ſe entenderia repetida la qualidad de maſculinidad en los deſcendientes de ella, pues el teſtador avria querido en ellos ſuſcitar la agnacion ficta.

39 Porque dichas palabras no pueden inducir repeticion de *maſculinidad* en los deſcendientes de la hija mayor, ſino que ſolo atendiò el teſtador al orden, y facultad de poder elegir, adquirida la ſuceſsion, lo convence la meſma clauſ.9. ibi: *Dandole facultad aſsimeſmo, que pueda nombrar aquella à vno de los hijos varones de aquella, legitimos, y naturales, como eſtà dicho de ſuſo*; y deſpues hablando de los deſcendientes de dicha hija mayor, ibi: *Guardando en todos tiempos el orden de poder nombrar entre aquellos en el modo de ſuſo dicho*. Y por que ſiempre que las palabras relativas pueden adaptarſe à repetir otra circunſtancia, que no ſea la calidad de maſculinidad, deben entenderſe repetitivas de aquella, por ſer la de maſculinidad irregular, accidental, y reſiſtir el Derecho la excluſion de las hembras, *leg.maximum vitium, C.de liberis præteritis*; en terminos de las palabras *vt ſuprà*, lo afirman Beroio *conſ.115.num.22.lib.2*. Surdo *deciſ.319.n.8*. Cavalcan.*deciſ.33.num.12.part.4*. Decio *conſ.210.num.4.lib.2*.

40 Y mas hallandoſe en la preſente diſpoſicion las palabras relativas en oraciones ſeparadas para otro genero de perſonas, y con diſtante razon de los primeros llamamientos, D.Molina *lib.3.cap.5. num.59.60*. D.Joſeph de Vela *diſſert.49.num.108*. Fuſar.*de ſubſtit. quæſt.403.num.8*. ibi: *Si verò in vna oratione perfecta ſit facta mentio de maſculis, & in alia parte teſtamenti ſimul perfecta, & ſeparata, facta eſſet mentio de filijs ſimpliciter, non fit repetitio qualitatis maſculinitatis*, collecta 30.DD. y en el *num.9*. dà la razon: *Quia in eadem oratione fit repetitio ob vim copulæ, cuius natura eſt copulare*.

41 Y ſe ſeguiria abſurdo ſi dichas palabras relativas de la clauſ. 9. repitieran calidad de maſculinidad, y induxeran excluſion de la Marqueſa, pues ſeria quitarla del lugar natural que le toca en la ſuceſsion ſiendo de la linea primogenita, por admitir al varon de otra linea, contra text.*in leg.ſi patronus, §.teſtamento, ff.de bonis libert. leg. filium, §.1. ff.de bonor.poſſeſ.contra tabul.* y en terminos de interpretacion, que excluya la hembra contra lo regular, pudiendoſe dar efecto à lo relativo en otra circunſtancia, lo tienen por abſurdo Cravet.*conſ.52. num.7*. Abb. *conſ.78. verſ. Mihi tamen non placet, lib.2*. Alex.*conſ 93. num.7. lib.3*. Roland. à Valle *conſ.82. num.32. & 33. lib.3*. Tambien ſe ſeguiria abſurdo, pues quedaria ofendida la diſpoſicion del teſtador en la clauſ.9. que es proemial, y dà principio à la ſuceſsion regular, *leg. facta, 63. § ſi ſub conditione, & in verſic. Plus enim, ff.ad Trebel. iuncta leg.nam ad ea, ff.de conditionibus, & demonſtr.*

Panormit. *lib. 2. conf. 37. in princip. versic. Item pone aliud absurdum;* mayormente quando lo proemial de la clauf. 9. en que el testador quiere la sucesion regular, llamando expressamente à la hija mayor de Don Onofre Sanz, hijos, y descendientes de aquella, està concebida de per se, y en oracion perfecta; pues entonces no debe declararse por substituciones antecedentes, ni suplirse algo por lo expressado en estas; D. Casanat. *cons. 50. num. 23.* ibi: *Quando substitutio facta stat de per se, & est perfecta oratione determinata, non est quærendum de eius declaratione, neque ex alijs quidquam suppleri potest.*

42 Y quantos DD. puedan alegarse para probar la repeticion de masculinidad, en virtud de palabras relativas, ò no hablan de palabras, como las de la clauf. 9. sino es scilicet: *Supradictis, suprascriptis præfatis*; apuestas à hijos, aviendo llamado antecedentemente varones, las quales son contractivas de estos, ò de las palabras: *Cum illis modis, formis, & qualitatibus quibus suprà, vel modo, & forma quibus suprà*, que son amplexivas de todas las calidades expressadas en las personas superius llamadas; ò no tienen otra calidad, ò circunstancia que poder repetir mas que la masculinidad.

43 Ni se prueba predileccion de la calidad de masculinidad en los hijos, y descendientes de la hija mayor llamada en la clauf. 9. porque aquella avria tenido en hija tertiogenita à Doña Beatriz Cruilles, que muriò Religiosa, segun constaria por las fees del Bautismo, y mortuorio, de nuevo presentados por los herederos de Don Onofre Cruilles en peticion de 5. de Febrero mas cerca passado; y teniendola presente el testador, solo le concediò à su madre Doña Vicenta Sanz, hija mayor, llamada en la clauf 9. facultad de poder elegir entre sus hijos varones; pues se manifiesta lo contrario en consideracion que el testador tempore factionis testamenti no tuvo, ni pudo tener presente à dicha Doña Beatriz, pues aquel le hizo en 18. de Diziembre de 1635. y Doña Beatriz naciò en 31. de Iulio de 1637. segun parece en el peyto; y quando la huviera tenido presente no se probàra semejante predileccion, no siendo la eleccion concedida entre los hijos varones necessitada necessitate precisa, sino merè facultativa si velit, aut nolit eligere, segun constarà en el §. 5.

44 No puede dezirse, que tuvo el testador intencion de suscitar agnacion ficta en los descendientes de la hija mayor, pues aunque para probar la agnacion verdadera se admitan conjeturas evidentes, que vençan el entendimiento por razon vnica, sin poder hallar otra dentro lo dispuesto por el testador, D. Molina *lib. 3. cap. 5. num. 25.* Castillo *lib. 2. cap. 4. num. 49.* Fontanell. *decis. 36. num. 7.* pero la agnacion ficta, como mas odiosa, no puede inducirse por conjeturas, pues para esta se necessita de expression clara, y manifiesta, Roxas *part. 1.*

cap.

*cap.6.à num.*312.Lara *in compend.vitæ homin.cap.3.num* 116.Castillo *lib.6. cap.*133. *num.* 19. lo que tiene mayor eficacia en el Reyno de Valencia, donde en las disposiciones testamentarias no se admiten conjeturas, y se debe estar à la letra de la disposicion, segun el *fuero* 51. *de testamentis*, à cuyo contenido debe entenderse se ajustò el testador, por ser originario, y habitador de aquel Reyno, Vela *dict. dissert.* 49. *num.* 46. lo que queda mas latamente fundado en el Alegato sobre la causa principal.

§. V.

Que la contingencia que diò motiuo al litigio, es en terminos non facta electionis, por auer muerto Doña Vicenta Sanz (Casa 5.) sin auer elegido, ni podido elegir, y no caso prevenido por el testador, que quedando vn hijo varon, aquel quede nombrado, y deba suceder.

45 LO contrario estimò este Consejo en los motivos 3. y 4. de su sentencia, y solo pudo fundarse en la claus. 6. de el testador, hablando de sus hijos, y descendientes varones de varones, dispone, vt ibi: *Y que el sucessor en dicho Lugar de Guadasequies, y herencia suya, si no tuviere mas de vn hijo varon de varon, ò no huviere hecho eleccion, ò nombramiento, aora para entonces, y entonces para aora, queda nombrado el tal hijo mayor; y si tuviere muchos hijos, y no se huviesse hecho el dicho nombramiento, en tal caso queda nombrado el hijo mayor varon de varon de legitimo y carnal matrimonio; y assi ayan de suceder de vnos en otros perpetuamente, durante la linea masculina del dicho Don Onofre Sanz, y de sus hijos, y descendientes varones de varones legitimos, y naturales, &c.* De cuya disposicion, con la veneracion debida al Consejo, se entiende no puede inducirse subsistencia en dichos motivos.

46 Y para evidenciarlo se supone por innegable, que los Mayorazgos, ò Fideicomissos electivos, ò son absolutamente electivos, ò solo en algunos casos, por estar la facultad de elegir limitada por el testador; assi lo afirman los DD. al text. en la *ley vnum ex familia, ff.de leg.* 2. si lo primero, es quando el testador dispone, que suceda aquel, *quem hæres elegerit*, D.Molina *de Hispan. primog. lib.* 2. *cap.*4. *num.* 2. y por ser dicha facultad de elegir absoluta, se entiende concedida, y estransitoria à todos los demàs que continùen sucediendo; idem D. Molina *lib.*2.*cap.*4.*n.*62.*&* 5.*à num.* 1. sus Addent.*num.*62.

y puede ser elegido el segundogenito omisso primogenito, y el remoto, omisso proximiori, D. Molina *lib.2.cap.5.num.4.y 5.* Castillo *lib.4.controu.cap.36.num.56. 60. y 61.*

47 Si lo segundo, quando no es absolutamente electivo, sì solo en algunos casos, y la facultad està limitada por el testador, que es quando este concede la eleccion nominatim alicui, y despues dispone otras vocaciones, y substituciones (como en la disposicion de qua est quæstio) entonces concedida la facultad à vno, no se entiende concedida à los demàs, D. Larrea *decis.vel disp.31. Senatus Granatensis, num.19.* de Luca *de linea legali, tom.1. art.18. num.18.* Castillo *lib.5.controu.cap.87.num.22.* ibi: *Senatus in pluribus emergentibus similibus quæstionibus me Iudice, ita rem expediendam decreuit, vt quoties velut successori primo vocato ius eligendi tribueretur ad omnes transeat, sin autem, & si nominatim Petro, aut Ioanni electio concessa, tamen deinceps nullas substitutiones fecisset institutor primogenij, nec alium quam primum nominatum vocauerit idem iudicandum, vt electio perpetua ad omnes transire videatur; at verò quando disponens substitutiones fecit, & lineas vocauit, tunc si primo vocato proprio nomine iniunxit electionem ea personalis existimetur, nec excedat nominatum.* Lo mismo afirma *num.45.* de Luca *de linea legali, tom.1.art.18.num.18.* Castillo *lib.5. controuersiarum, cap.87.num.22.*

48 No es menos cierto, que quando la persona à quien està concedida la eleccion no elige, ò no puede elegir, suceden todos los de la familia, *dicta leg.vnum ex familia, §.rogo, ff.de leg.2.* ibi: *Defuncto illo prius quam eligat petant omnes*; pero esto no procede en los Fideicomissos primogeniales perpetuos instituìdos iure maioratus, porque en ellos, non facta electione, solo sucede el primogenito, D. Molina *lib.2.cap.4.num.42.* ibi: *Cum enim ea sit maioratus natura, vt in eo non nisi vnus succedere debeat, consequens est, vt electore non eligente fideicommissum ipsum vni soli, atque primogenito proximiori deferendum est, alias enim successio menti maioratus institutoris contraria esset, primogeniumque ipsum destrueretur quod nullatenus dicendum est,* & Addentes *eodem num.*

49 Ciriaco *lib.1. controuers. controu.56. num.5.* ibi: *Quòd si Rex donat alicui aliquam rem cum facultate, & potestate, vt eam relinquere possit alicui ex filijs titulo Maioratus, si talis qui habet facultatem nominandi decessisset non facta electione, videtur elegisse filium maiorem, vel nepotem filij maioris*; & *num.6.* cita al señor Molina *loco suprà relato.* Tondut *resol.ciuil. part.2. cap.51. num.7. & 9.* ibi: *Solum in his bonis successurum; hæc enim ad omnibus recepta est conclusio, quod quotiescumque electio non potest fieri, nisi de vnius persona primogenitus admittitur si nulla facta fuerit electio.*

Cal-

50 Caldas Pereyra *de potestatē eligendi*, *part.3. cap.10. num.6.* ibi: *Quando emphiteusis fuit concessa pro vno ex filijs in primogenij favorem, videtur fore respondendum ex authoritate Panormitanj; resolvendis omnem successionem rei individuæ ad vnum expectantis primogenito deferri.* Flores Diaz de Mena *variarum quæstionum, lib.1. quæst.19. num.37.* ibi: *Quarta conclusio, licet in hoc maioratu succedatur per viam electionis, & nominationis, tamen quia vltimus eius possessor non nominavit, nec possit nominare admittitur maior, vel filius maioris, ad quem seclusa nominatione pertineret, & tunc pro illa vice non succeditur per viam electionis, sed ordine instituto in maioratibus, & sic ordine primogenituræ, & repræsentationis*, y cita à Gregorio Lopez *in l.2. tit.15. partit.2. verb. En España.*

51 Sin que se oponga el que quedando sólo vno de los elegibles, este queda electo, Ciriaco *lib.1. dict. controu. 56. num.3.* Tondut. *resolut. ciuil. part.2. cap.71. num.3. & 6.* Caldas Pereyra *de potest. eligendi, 3. part. cap.10. num.3. versic. Cæterum*; y assi, que aviendo el testador concedido à la hija mayor de Don Onofre Sanz en la clauf.9. la facultad de elegir entre sus hijos varones, aunque ella murió ante delatam successionem, quedando de los hijos sólo Don Onofre Cruilles, este quedaria electo; Porque se satisface en consideracion de que la conclusion de dichos DD. debe entenderse en terminos de ser la eleccion necessitada necessitate precisa; esto es, quando el testador obliga al heredero à que deba elegir entre personas ciertas, pero no quando la eleccion es merè facultativa, por aver puesto el testador en potestad del heredero, si vellit, aut nollit eligendi facultatem; porque en este caso, que es el de nuestros terminos, como la eleccion no es precisa entre aquellas personas, si no se haze la eleccion, no queda elegida la remanente, y pro illa vice, no se sucede en los fideicomissos primogeniales por via de eleccion, sino por el orden de suceder à iure instituido en ellos, Flores Diaz de Mena *vbi suprà.*

52 Las doctrinas de los DD. deben entenderse, y ser de eficacia en quanto lo fueren, y probaren los textos en que se fundan, pues como dixo Iustin. *Auth. de trient. & commissæ, cap. consideremus, coll.4.* ibi: *Dum sine lege agimus erubescimus*; y por los textos que dichos DD. toman por fundamento para dezir, que quedando vno de los elegibles, aquel queda electo, se convence hablan en terminos de eleccion necessitada necessitate precisa; pues Ciriaco *dict. lib.1. controu. 56. num.3.* se funda en la *l.3. y 8. ff. de iure codicillorum*, y solo prueban, que el que tiene facultad de disponer en alguno, si muere sin disponer expressamente, se entiende que tacitè quiso sucediessen venientes ab intestato, y por consiguiente que en ellos es la sucession

 ne-

necessaria, y precisa, por deferirla assi la ley; con que solamente se infiere, que si la eleccion es necessitada, y precisa entre personas ciertas, y muere el testador sin hazerla, la ley defiere la sucession à la persona remanente de los necessariamente elegibles.

53 Caldas Pereyra *de potest.elig. lib.3. cap.10.num.3.* en terminos de concession emphiteutica, quando el padre pro vno ex filijs emphiteusim fuit à domino directo stipulatus, dize, que si tiene muchos hijos, es invtil la concession, por la incertidumbre; pero que si solo tuviere hijo vnico, no se vicia la concession, porque cessa la incertidumbre: se funda en la *l.1. y 2. ff.de liberis, & posth* que solo prueban valer la exheredacion del hijo en el testamento del padre, ac si nominatim fuera exheredado, quando solo dixo: *Filius meus exhæres esto*, si este es vnico, pues esto es por ser la exheredacion, entonces necessaria necessitate precisa en aquel vnico; con que solo podràn ser argumento para la eleccion necessaria. Tondut. *resol. ciuil. part.2. cap.51.num.3.* dize, que non facta electione, la ley elige; y en los *num.6. y 7.* que en las sucessiones individuas sucede vno solo, y cita al señor Molina *lib.2. cap.4. num.42.* el qual afirma non facta electione, deferirse la sucession al primogenito, segun queda probado *num.48. 49. & 50.*

54 Esta distincion de potestad de elegir necessitada, ò merè facultativa, comprueba Tondut. *resolut. ciuil. part.2. cap.50. num.33.* propone la question, vtrùm el heredero à quien està concedida la facultad de elegir, regularmente pueda gravar al electo; y la resuelve diziendo con todos los DD. que no, quia non habet ab eligente, sed à mandante fieri electionem, D. Molina *de Hispan primog. lib.2. cap.4. num.5.* y limita esta resolucion *num.41.* ibi: *Electus grauari potest ab eligente, quando testator, vel donator eligentem, non simpliciter adstrinxit ad eligendum, vel nominandum personas certas de incertis, sed in eius potestate possuit, si vellet, aut nollet eligendi facultatem.* Y en el *num.42.* lo prueba del text. *in leg. vtrum, 7. §. cum quidem, ff. de rebus dubijs,* ibi: *Cum quidam pluribus hæredibus instituti; vnius fideicommisit, vt cum moreretur vni ex cohæredibus, cui ipse vellet restitueret illam partem hæreditatis, quæ ad ipsum pervenisset, verissimum est vtilè fuisse fideicommissum, nec enim in arbitrio eius, qui rogatus est possitum est, an omninò vellet restituere, sed cui potius restituat; plurimum enim interest, an in potestate eius quem testator obligare cogitat faciat si vellit dare, an post necessitatem dandi, solus distribuendi liberum arbitrium concedat.*

55 Y prosigue diziendo, *num.43. y 44.* ibi: *Hæc sunt verba Iurisconsulti ex quibus apertè constat, quod per verba donantia potestatem relata ad hæredem, non inducitur necessitas restitutionis, vel electionis, ideò in facti contingentia aliàs obtinui, matrem potuisse liberos electos invicem*

gra-

grauare, quia in testamento mariti non erat illi simpliciter iniunctum onus eligendi, sed illi data erat potestas, & libertas disponendi adlibitum in fauorem vnius ex liberis, itaut ex lectura testamenti constaret ab eius voluntate pendere, vtrum vellit eligere, vel absque electione decedere, quo casu decisum fuit, illam liberis electi grauamen imponere potuisse, cum non à patre testatore, sed ab ipsa matre eligente bona ad eos pervenirent.

56 La mesma duda propone Fusar. *de substis. quæst.* 511. y responde con distincion, *num.* 1. ibi: *Pro resolutione sic est distinguendum quod, aut est in facultate eligentis eligere, & non eligere, & tunc possit eligens fideicommissum electo imponere; aut eligens ex necessitate eligit, & non possit electus fideicommisso grauari, ita habetur in leg. vnum ex familia, 67. §. sed & si fundum, ff. de leg. 2. & ibi DD. præcipuè Peralta, &c.* Prosigue *num.* 2. & 3. ibi: *Ratio autem primi capitis est, quia quando quis potest eligere, & non eligere, electus dicitur capere ab eligente, licèt capiat ordinatione testatoris, non autem dicitur capere à testatore, l. 1. §. sciendum, ff. de leg. 3. leg. si fundum per fideicommissum, §. vltimo, & leg. sequent. ff. de leg. 1. Ad quod refert, quod dicit Bald. in leg. voluntas, num. 13. Cod. de fideicommissis, Vbi Vult quod capiens ex iuditio testatoris dispositiuo, dicitur capere à testatore, sed capiens ex iuditio testatoris permissiuo, dicitur capere ab hærede, & ab eo grauari potest.* Y en el *num.* 5. ibi: *Secundum verò caput quando hæres tenetur ex necessitate eligere, vt non possit electum grauare fideicommisso.*

57 Las palabras de la claus. 9. ibi: *Dandole facultad assimesmo, que pueda nombrar aquella à vno de los hijos varones de aquella,* denotan, y expressan potestad de elegir, y assi no pueden inducir necessidad, ni precision de elegir, idem Tondut. *vbi suprà, num.* 43. ibi: *Per verba donantia potestatem, non inducitur necessitas restitutionis, vel electionis;* lo prueba con Bart. por el text. *in leg. sæpè,* 8. *ff. de officio Præsidis,* ibi: *Sæpè audiui Cæsarem nostrum dicentem hac rescriptione: Eum qui Prouintiæ præest adire potest, non imponi necessitatem, &c.* Y Gotofredo *in not. ad dictum text. l x.* ibi: *Potest hæc dictio necessitatem non imponit vt hìc.* Sin que se oponga la doctrina de Ripa al text. *in l. ex facto,* 17. *in princip. num.* 4. *ff. ad Trebel.* el qual en la question *vtrum,* se induzga fideicomisso por estas palabras: *Volo quod hæres meus si moriatur sine liberis, possit vnum ex fratribus suis hæredem facere;* resuelve afirmativè, diziendo, que aunque el verbo *Possit*, designat liberum arbitrium, *dicta leg. sæpè,* 8. *ff. de officio Præsid.* esto es, libertad, cui ex fratribus restituere vellit, pero que importaria necessidad in restituendo; y le sigue Ciriaco *lib.* 3. *controu.* 548. *num.* 14. & 15. afirmando, que la facultad es respecto de la persona, y la necessidad respecto de la substancia, y acto de eleccion, pues el verbo *Possit*, ratione adiuncti, & subiectæ materiæ, varìa la significacion, y importa ne-

necessidad, como lo dexava dicho *lib. 2. controv. 207. à num. 19.*

58. Porque de lo que afirman Ripa, y Ciriaco, solo se sigue inducirse fideicomisso en los terminos referidos, y poder importar necessidad el verbo *Possit*, ratione adiuncti, & subiectæ materiæ, lo que no obsta à los de nuestro litigio, que son de potestad merè facultativas; à mas de que la necessidad de que hablan dichos DD. es de la causativa, que no obsta para excluir à la Marquesa, y incluir à Don Onofre Cruilles, no de la precisa; y consta, pues Ciriaco se funda en las doctrinas de Alexandro, Serafino, y Surdo *decis. 168. num. 13.* el qual en terminos de aver la muger, que era menor, obtenido ætatis veniam à Principe, para aumentar la dote à su marido, y constituirle todos sus bienes, facta æstimatione, y sucediendo la contingencia de averle solo hecho aumento de parte de ellos sin preceder estimacion, se dudò despues si seria subsistente la constitucion dotal, y Surdo resuelve que no; pues aunque el Principe le concediò la facultad, y pero fue sub certa forma, y no observada esta deficit concessio; y dize *num. 13.* ibi: *Nec adversatur quod concessio illa non arctet ad dandum omnia bona in dotem, ex quo vtitur verbo possit & valeat; quia respondetur contrarium verius esse, nam verbum potest, licet non importet necessitatem præcissam importat tamen causatiuam.* Y es lo mesmo que dezir, que aunque la muger no estava precisada, adhuc supposita venia ætatis à aumentar la dote al marido; pero que en caso de aumentarla, y para que causasse efecto la concession, debia ser ajustandose à la forma en ella prescripta; y se manifiesta mas, pues prueba Surdo dicha necessidad causativa, *ex l. 22. § fin. ff. mandati*; y solo convence, que aunque no estè precisado el mandatario à aceptar el mandato, si le admite està obligado ita susceptum consummari. Ripa *vbi suprà*, funda, que el verbo *Potest*, induce necessidad, *in leg. placet, 4. ff. de liber. & posthum.* ibi: *Placet omnem masculum posse posthumum hæredem scribere, siue iam maritus sit, siue nondum vxorem duxerit*, junto con la Gloss. que dize *posse*, idem *debere*; pero solo prueba necessidad causativa, scilicet, para que el testamento que hizo antes, ò despues de casado, y muriendo sin hazer otro, cause el efecto de valido, y no le rompa el posthumo, si le tuviere, debe instituirle, ò desheredarle, *l. 3. in princip. ff. de inius. rup.* No prueba el text. necessidad precisa, pues no estava precisado el testador, si hiziesse testamento antes de casarse, à instituir el posthumo que podria tener, pues sin dicha institucion valdria el testamento, no dexando el testador posthumo alguno.

59. A mas, que en los terminos de la claus. 9. cessa la controversia si el verbo *Potest*, denota facultad, ò importa *necessidad* ratione adiuncti, & subiectæ materiæ; pues el testador expressò la redupli-

plicacion de *facultad* al verbo *Potest*, ibi: *Dandole facultad asimesmo, que pueda nombrar*; con que impossibilitò la inteligencia, y presumpcion de importar *necessidad* ratione adiuncti: y assi en este caso, aviendo muerto dicha hija mayor non facta electione, debe suceder la Marquesa; y lo comprueba Mieres *de maiorat. part.1. quæst.* 48. *num.*91. ibi: *Cuidam mulieri concessa fuit facultas, vt possit eligere filium ad quendam patronatum, quæ decessit absque electione, relictis filijs, & nepotibus, qui erant filij, filij maioris, dubitatum fuit an admitti deberent ad illam succesionem filij viui mulieris grauatæ, an nepotes filij maioris, & admissi fuerunt ad patronatum nepotes filij filij maioris.*

60 Ni obsta que este fideicomisso seria perpetuamente electivo, y que la linea de eleccion se compone de las personas elegibles, ò electas por el que tiene la comission de elegir, Roxas *part.1. cap.6.* §.25.*num.*356. y el comissario debe observar ad vnguem las condiciones, y calidades de la facultad que se le ha concedido, y no puede exceder commissionis fines, idem Roxas *dict.*§.25. *num.*357. por lo qual serian las personas de la linea electiva en la claus.9. en primer lugar los hijos propriè de Doña Vicenta Sanz, segun las palabras, ibi: *Dandole facultad assimesmo, que pueda nombrar aquella à vno de los hijos varones de aquella*, las quales importarian fideicomisso, *leg.fideicommis.* 11. §.*hæc verba, de leg.*3. y assi, si huviera sobrevivido, y sucedido Doña Vicenta Sanz, solo pudiera elegir à vno de sus hijos varones, *leg.hæredes mei*,57. §.*peto*,2. *ff.ad Trebellianum, leg.cum pater*,77. §. *à te peto*,32. *ff.de legat.*2. Paz *de tenuta, cap.*34. *num.*124. ibi: *Sextò, quia etsi facultas data sit eligendi vnum ex filijs, vel nepotibus adhuc defenderem, extante filio non posse à commissario nepotem eligi, iuxta iura expressa in leg.cum pater, §.à te peto, de leg.*2. *& leg.hæredes mei, §.vltimo ad Trebell.* Y en el versic. *Quando*, prosigue, ibi: *Quando verò, vt in quæstione nostra proposuimus, simpliciter datur facultas instituendi Maioratum, & meliorationem inter filios, securè affirmamus, filio viuente, nepotem ei non posse anteponi. Et est ratio, quia maior affectio consideratur in persona filij, quam in persona nepotis, iuxta dictam leg. cum pater, §.à te peto, & dicta leg. hæredes mei, §.vltimo, & cum pater committendo electionem inter filios, animum affectionem, & voluntatem declarauit; si commissarius nepotem posset eligere, non solum mandatum egrederetur, verumetiam adversus voluntatem ipsius testatoris disponeret, & contra textum in l.*31.*Tauri, illud enim certissimum est, solam executionem voluntatis commissario commissam.* Por lo qual en la contingencia que diò motivo al litigio, parece no pudo suceder la Marquesa, aunque de la linea habitual, ù de primogenitura, sino Don Onofre Cruilles, vnico hijo elegible, y en quien debia hazer la eleccion su madre si huviera sobrevivido.

Por-

61 Porque se satisface, pues el fideicomisso primogenial que se disputa es solamente electivo en algunos casos, y en otros no es electivo, ni se debe suceder por via de eleccion; esto es, en los que fueren omissos por el testador en lo respectante à la eleccion, y muriere el comissario sin aver elegido, ò podido elegir, vt in præsenti, y queda dicho *suprà num.21.* pues entonces no se sucede por via de eleccion, sino por la naturaleza de Mayorazgo regular, orden de primogenitura, y representacion. Es terminante el lugar de Flores Diaz de Mena *variar.quæst.* que và à la letra *suprà num.50.* y assi en este caso no es el fideicomisso electivo, ni ay linea electiva, y por consiguiente no puede dezirse tener primer lugar los hijos de Doña Vicenta Sanz, ni que avria sucedido por fideicomisso electivo D. Onofre Cruilles como vnico elegible, y mas quando por aver premuerto al vltimo posseedor legal la hija mayor llamada por el testador en la clausul. 9. con la circunstancia *si fuera viua*, caducò la substitucion de aquella, y en consequencia la facultad de elegir entre hijos varones, que le fue concedida; Surd. *cons.264. num.31.* ibi: *Nam substituto descendente ante purificatum fideicommissum, caducatur substitutio, l.1. §. sin autem, C. de caducis tollend.*

62 Y vltra de que el fundamento del obice, scilicèt, que si huviera sobrevivido Doña Vicenta Sanz *tempore delatæ succesionis*, solo podria elegir à vno de sus hijos varones, y no à la Marquesa su nieta; no es la contingencia sobre que se disputa, pues esta es de no aver sobrevivido, elegido, ni podido elegir: quando en el caso de sobrevivencia de Doña Vicenta pudiera caber la duda, *quòd negatur*, no en el de premoriencia, *& non factæ electionis*, y en fideicomisso primogenial, pues en este debe suceder la Marquesa, segun queda probado *suprà num.48. 49. & 50.* A mas, pues siendo la potestad concedida à la hija mayor de poder elegir entre sus hijos varones *merè facultatiua*; id est, *si vellit, aut nollit eligere*, aunque huviera sobrevivido, pudiera dexar de elegir à Don Onofre Cruilles, y nombrar à la Marquesa; pues solo estaria precisada à lo contrario si la facultad de nombrar entre sus hijos varones fuera necessitada necessitate præcissa: lo que no es assi, y se convence *ex suprà dictis.*

63 Ni prueba lo pretendido en el obice el text. *in dict. leg. fideicommiss. 11. § hæc verba, ff. de legat. 3.* ibi: *Te fili rogo vt prædia, quæ ad me perveniant pro tua diligentia diligas, & curam eorum agas, vt possint ad filios tuos pervenire, licèt non satis exprimant fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatem relinquendi, tamen ea prædia in nepotibus post mortem patris eorum, vim fideicommissi videntur continere.* Y se satisface, pues aunque de las palabras de dicho texto se induzga fideicomisso, y obligacion en el hijo de restituir à los nietos, aquellas

no

no pueden parificarse à las de la claus. 9. ibi: *Dandole facultad assimesmo, que pueda nombrar aquella à vno de los hijos varones de aquella*; pues el verb. *Posse*, en dicho texto, importa necessidad de que los prædios perveniant ad filios filij gravati, Gothofred. *in notis ad hunc textum, litt. X.* ibi: *Posse verbum trahitur ad necessitatem, nequè nudam potentiam demonstrat, sed actum planè.* Y assimesmo el verbo *Pervenire* de dicho texto, denota fideicomisso, idem Gothofred. ad dictum text. *litt. Y.* ibi: *Pervenire verbum indicat fideicommissum.* Y el verbo *Pueda*, junto con la palabra *facultad*, de la clausula 9. exprimen mera potestad, *vt constat suprà num. 57.*

64 Menos se convence de dichos textos *in leg. hæredes mei, 57. §. peto, 2. ff. ad Trebellianum, & leg. cum pater, 77. §. à te peto, 32. ff. de legat. 2.* que si huviera sobrevivido Doña Vicenta Sanz, solo pudiera elegir à vno de sus hijos varones; y les satisface D. Molina *de Hispan. primogen. lib. 2. cap. 11.* el qual *num. 34.* suscita la question, ibi: *Vtrùm concessa facultate, vt quis possit in persona vnius ex filijs suis primogenium instituere, valeat eius virtute primogenium in persona vnius ex nepotibus suis facere.* Y aunque *num. 35. vers. Sed verius*, ait ibi: *Sed veriùs videtur adhuc in casu de quo agimus, non posse primogenium institui, in personà nepotum, nisi filijs deficientibus, quòd probatur ex text. in leg. hæredes mei, §. fin. ff. ad Trebellianum, vbi probatur, quòd si testator relinquat fideicommissum filijs suis, vel nepotibus, vel alijs cognatis, ita vt inter eos vxor eligat quos voluerit, non poterit vxor ipsa eligere nepotes, nisi filijs deficientibus, nec cognatos, nisi deficientibus nepotibus, per quem text. dicunt Bart. & Scrib. ibidem quod quando fideicommissum relinquitur inter personas inter quas cadit affectio, attendendus est ordo scripturæ, quòd etiam probatur ex text. in leg. cum pater, §. à te peto, ff. de legat. 2. ibi: Non esse dandam electionem, sed ordine scripturæ factam substitutionem respondi.*

65 Pero *num. 38.* resuelve dicha question, ibi: *Quamvis autem hæc in omnibus alijs fidecommissis vera sint, in Hispanorum tamen primogenijs simpliciter sumpta dubia mihi videntur. Imò existimo quod mortuo filio primogenito, vel alio, in cuius persona pater tempore concessionis facultatis volebat primogenium instituere, possit illud instituere in persona nepotis, qui ex filio primogenito mortuo superit, & si plures alij filij eius extent, absque eo, quod sit necessarium mortem omnium filiorum expectare; provt in casu dict. leg. hæredes mei, §. fin. & in casu dict. leg. cum pater, §. à te peto: Necessarium erat sicut enim in materia vbi omnes filij in fideicommisso succedere, debent requiritur mors omnium filiorum. Vt ad nepotem ELECTIONEM pervenire debeat, vt ex dictis iuribus probatur. Sic etiam, vbi vnus filius solus in fideicommisso successurus est, sufficit mors vnius, vt ad nepotem eius transitus fieri valeat. Ea namque*

affe-

affectio quæ considerabatur in filio quem cæteris parens præferre volebat, ea in nepote, qui ex filio superest consideranda est, vt similiter is omnibus alijs filijs præferatur, ex his quæ infrà lib. 3. vbi de patruo, & nepote agendum est, latiùs dicemus, & cum dictorum iurium decisiones in mente disponentis interpretanda versentur, provt ex eisdem apparet nulla potior mentis coniectura, in casu de quo agimus, deduci poterit, quàm quòd in materia, in qua vnus solus succedere potest existimemus, quòd sicut filius primogenitus, seu alius magis dilectus, si viueret, cæteros omnes filios excluderet ex parentis vocatione, ita nepos ex eo procedens eosdem excludat.

66 D.Casanate *cons.* 58. *num.*21. ibi: *In Maioratu namque propter primogenij perpetui naturam concessa facultate eligendi vnum ex filijs, posset eligi vnus ex nepotibus; verum in fideicommisso concessa facultate eligendi vnum ex filijs, non potest eligi nepos ex filio præmortuo.* Comprueban lo mesmo Addent. ad D.Molin. *vbi suprà, à num.*34. *vsque ad* 39. Con que siendo el fideicomisso que se disputa primogenial, instituìdo iure maioratus, si huviera sobrevivido Doña Vicenta Sanz, no estaria precissada à elegir vno de sus hijos varones, y podria nombrar à la Marquesa; y asimesmo aviendo premuerto sin poder elegir, sucediò esta; y mas siendo la facultad merè potestativa; con lo qual se satisface lo que dize Paz *de tenuta, dict. cap.* 34. *num.* 124. pues solo puede entenderse vt explicant D.Casanate,& D.Molina *vbi proximè, in alijs fideicommissis*, no en los primogeniales de España, y instituìdos iure Maioratus.

67 Ni se opone à lo que và fundado, que si huviera sobrevivido Doña Vicenta Sanz *tempore delatæ successionis*, y premuerto Don Melchor Cruilles, sobreviviendo solo Don Onofre Cruilles, solo podria nombrar à este, porque se hallaria sobreviviente, y Doña Vicenta deberia elegir entre sus hijos varones, por los textos *in leg. pater filiam*,38. *§.filium*,2. *ff.de legat.*3. *leg.cum quidem*,24. *ff.de leg.*2. *leg.cum pater*, 77. *§.hæreditatem*,4. *ff.eodem*, Surd.*cons.*264.*num.*32. ibi: *Sed si nulla facta esset electio, succederent aliæ filiæ superstites.* Tondut. *resol. ciuil. part.*2. *cap.*51. *num.*26. ibi: *Præterea regula in principio huius capitis proposita, quòd electio potest fieri de pluribus, locum non habet quando vnus ex eligibilibus superest, ille siquidem solus admittendus est, & cessat eligendi facultas.* Y por consiguiente, que aviendo premuerto Doña Vicenta Sanz sin aver elegido, ni podido elegir, solo sucederia, y quedaria electo Don Onofre Cruilles, vnico sobreviviente, pues non facta electione, solo suceden los sobrevivientes legibles; y mas quando en terminos de aver muerto ante factam electionem el que estava obligado à elegir, debe suceder el mayor natu de los sobrevivientes. Peralta ad text. *in dict. leg. vnum ex familia,*

lia, §. sed & si fundum; de leg. 2. num. 19. versic. Quia nihilominus, ibi: *Quia nihilominus eo non nominante, semper attendi debet maioritas ætatis solum inter superviuentes, quorum vnus solus deberet per illum nominari, qui tamen nominatus ab eo non fuit, vtpotè morte præventus.*

68 Porque esto se satisface, pues dichos textos, y DD. solo hablan en terminos de eleccion necessitada necessitate præcissa, y gravamen impuesto por el testador, que deba el comissario elegir entre personas ciertas, lo convence el mesmo Surdo, pues prosigue dicho *num.* 32. ibi: *Quia vbi ad fideicommissum vnus vocatur eligendus ex pluribus, vel sororibus, vel de familia succedunt omnes si non fiat electio, leg. qui Titio, leg. cum quidam, 24. leg. cum pater, §. hæreditatem, ff. de legat. 2.* Y el participio *eligendus*, de que vsa Surdo, denota hablar de eleccion necessitada, scilicèt, *que ha de ser, ò debe ser elegido;* porque *participium resolvitur in relativum, & verbum sui temporis,* idem Surd. *consil.* 449. *num.* 24. y tambien *dict. cons.* 264. *num.* 15. ait ibi: *Nam cum à testatore committitur alicui electio præcipuè personarum, debet statim fieri, vt ex text. in leg. cum quidam, ff. de legat. 2.* y que hable en terminos de necessidad de elegir, se convence etiam de lo que afirma *num.* 47. & 48.

69 Tondut. *resol. ciuil. part. 2. cap. 51. num. 26.* solo se funda en lo que afirman Caldas Pereyra *de potestate eligendi, 3. part. cap. 10. num. 3. vers. Cæterùm;* y Ciriaco *controuers. 56. num. 3.* que hablan en terminos de eleccion necessitada, y precisa, *vt constat suprà num.* 53. Lo que afirma Peralta *vbi proximè*, solo es en terminos de fideicomisso simpliciter familiæ relicto, y perpetuamente vinculado, queriendo, vt ibi: *Quòd res, vel melioratio non posset venire, nisi de vnam personam de familia, nam ex hoc apertè ostenditur voluisse rem illam perpetuò permanere in familia solidam, & inalienabilem extra familiam, & sic iure quodam maioriæ perpetuæ in ea perdurare.* Con que nihil probat in præsenti, que se disputa sobre sucession de fideicomisso primogenial, donde no se sucede por la mayoria de edad, sì por la prerrogativa de la linea primogenita.

70 No es de eficacia si se dixera, que la Marquesa solo podria estar llamada en la clausula 9. en la palabra *hijos*, ò en la palabra *descendientes*, y que Don Onofre Cruilles estaria primeramente llamado, pues primitus avria el testador dispuesto entre los *hijos varones* de Doña Vicenta Sanz, dando à esta facultad de poder nombrar entre aquellos; y por consiguiente, que concurriendo à la sucession Don Onofre Cruilles, hijo varon, y la Marquesa, nieta llamada en las palabras *hijos*, ù *descendientes*, avria sucedido Don Onofre; fundandose en que licèt in maioratibus nomine *filiorum*, estèn comprehendidos los *hijos*, *leg. liberorum, ff. de verb. signific.* Mieres *de maiorat.*

iorat. part. 1. quæst. 15. num. 4. esto no procederia en nuestros terminos, por estar llamados los hijos con la calidad de *varones*; que no puede verificarse en la nieta, ni es representable, D. Molina *lib. 3. cap. 6. num. 49.* ibi: *Cum enim masculinitas parentis in filiam transmitti non possit, nec etiam ab illa repræsentari.* Y que aun quando la facultad concedida es solo de elegir entre los *hijos*, sin expressar *ò hijas*, solo podria ser elegido vno de los hijos; Paz *de tenuta, cap. 34. num. 115.* ibi: *Si facultas data esset eligendi vnum ex filijs, nec additum esset, vel filiabus, nam tunc si duo, aut plures filij masculi extarent item, & sorores, existimarem, vnum ex filijs eligi à commissario debere prætermissa filia.*

71 Porque se responde, que la expresion de *hijos varones* en la claus. 9. no fue en lo dispositivo, ni condicional, sì tan solamente en la facultad de poder elegir, concedida à la hija mayor, ibi: *Dandole facultad assimesmo, que pueda nombrar aquella à vno de los hijos varones de aquella:* en cuyas palabras no dispuso sucediessen los hijos varones, ni en fuerça de ella tienen llamamiento, y mas siendo la eleccion concedida ibi purè facultativa; y assi aviendo de suceder en la contingencia, que dà motivo al litigio, segun lo dispuesto, y expressado en las palabras de dicha clausula 9. ibi: *Y assi se siga de vnos hijos en otros de dicha hija mayor del dicho Don Onofre Sanz de la Llosa, y descendientes de aquellos in perpetuum*, por aver muerto Doña Vicenta Sanz sin aver elegido, ni podido elegir, sucediò la Marquesa por su literal llamamiento, probado *suprà* §. 3.

72 Al fundamento del obice de no ser representable por la hija la calidad de masculinidad del padre, por lo que afirma el señor Molina *vbi proximè*, queda satisfecho *suprà num. 30.* y Paz *de tenuta, dict. cap. 34. num. 115.* habla en terminos de eleccion necessitada entre hijos, itavt eorum appellatione non possit filia venire, pues avia mandado el testador, que el comissario eligiera entre sus hijos, dandole facultad de elegir, ò preferir à vno de ellos; por lo qual hablando de la hija, prosigue, ibi: *Quæ quamvis alias veniat filij appellatione, leg. iuxta interpretatione, cum similibus, ff. de verb. signific. Accipitur tamen, & limitatur, quando materia strictã interpretationem recipit.* Y dà la razon, porque en este caso la palabra *hijos*, strictam interpretationem recipiat, y no estè comprehendida la hija, *eodem num. 115. versic. In hoc*, ibi: *In hoc enim casu diuersitas est inter testatorem, & commissarium: huic enim non videtur data facultas eligendi filiam, cum mandatum ex eius natura strictissimam recipiat interpretationem, leg. diligenter, ff. mandati, cap. cum dilecta, de rescriptis.* Con que supone Paz *vbi proximè*, gravamen, y mandato del testador, lo que no es adaptable à los terminos de la claus. 9. pues no mandò, ni obligò à la hija mayor de Don Onofre Sanz à que eligiera entre sus hijos varones, sì solo le

con-

concediò la potestad merè facultativa de poder elegir entre ellos. Y siempre se debe tener presente ser el fideicomisso que se disputa primogenial, y la contingencia que dà motivo al litigio caso omisso por el testador en lo respectante à la eleccion, *& dixi suprà num.21*; y que muriò Doña Vicenta Sanz non facta electione: en cuyos terminos los textos, y DD. del obice no prueban aver sucedido Don Onofre Cruilles.

73 Y si se dixera, que la Marquesa pretenderia la sucesion por la prerrogativa de la linea primogenita en que se halla, lo que no podria tener lugar in præsenti, pues constaria de prælatione aliorum vocatorum en las palabras de la claus.9. ibi: *Dandole facultad assimesmo, que pueda nombrar aquella à vno de los hijos varones de aquella*, no solo porque virtute earum prefiriò à los hijos *varones*, sì tambien por la palabra *de aquella*, que seria limitativa de los hijos, y exclusiva de los nietos. Fusarius explicando las congeturas, por las quales los *nietos* no estèn comprehendidos *filiorum* appellatione, *de substit. quæst.321. num.27.* ait ibi: *Quinta coniectura est, quandò testator restrictiuè, & limitatiuè loquutus fuit, vt si dixit substituo filios Titij, vel substituo filios suos. Ratio est, quia dictio suus, denotat quandam immediatatem*, Addent. ad D. Molinam *lib.1. cap.6. num.1.28. & 29.* Con que si huviera sobrevivido Doña Vicenta Sanz, deberia elegir à su hijo Don Onofre Cruilles, y no pudiera elegir à la Marquesa, por ser hembra, pues prosigue dicta claus.9. ibi: *Y assi se siga de vnos hijos en otros de dicha hija mayor, y descendientes de aquellos in perpetuum*; cuyo sentido seria: *Que pueda nombrar aquella à vno de los hijos varones de aquella, y assi se siga de vnos hijos varones en otros*; y por consiguiente que Doña Vicenta solo pudiera aver elegido varon por las palabras relativas: *Y assi se siga*, y tambien por las palabras: *Guardando en todos tiempos el orden de poder nombrar entre aquellos en el modo de suso dicho*; esto es, como le tenia concedido el testador entre sus hijos varones, y varones de varones de ellos.

74 Se satisface, pues no consta de prælatione aliorum vocatorum, porque la expression de *hijos varones* en la claus.9. no se halla en lo dispositivo, ni condicional, sed tantum en la potestad merè facultativa de poder elegir concedida à Doña Vicenta Sanz, vt dictum est *suprà num.71.* por lo qual añadiò el testador à la expression de *hijos varones*, la palabra *de aquella*, nihil interest, pues igualmente no se halla en lo dispositivo; y quando sin perjuicio de lo verdadero, esto no fuera assi, no obstaria Fusar. *vbi proximè*, pues siente solo tener lugar la quinta congetura quando se expressa el nombre del padre de los hijos llamados, *num.28.* ibi: *Contrariam sententiam probarunt Alexand. cons.37. num.1. lib.6. Paris. cons.75. num.65. lib.2. Præt.*

cons.

conf.56. num.12. lib.1. Peregr. conf.31. num.4. & seqq. lib.2. & in his terminis loquuntur omnes, qui consuluerunt pro nepotibus, & verior opinio mihi detur, quia semper est necesse exprimere nomen patris filiorum vocatorum: luego si esta expresion no se halla en la clauf.9. la palabra de *aquella*, no serà restrictiva, y limitativa de los *hijos*, ni exclusiva de los *nietos*. Deinde en los terminos del litigio tiene en la Marquesa lugar la representacion, *vt constat suprà à num.28.* luego filiorum nomine està comprehendida idem Fusarius *num.30.* ibi: *Sexta est coniectura secundum aliquos, quando sumus in casibus, in quibus ab intestato nepotes non essent successuri cum filijs, vel repræsentationem filius non subintret locum patris, nam tunc filiorum appellatione non veniunt nepotes, sicuti è contra venirent, quando essemus in casu admissæ repræsentationis.* Y esta inclusion de los nietos filiorum appellatione en nuestros terminos no la niegan, antes prueban Addent. ad Dom. Molinam *vbi proximè*; y el sentido de las palabras relativas de la clauf.9. no es segun se pondera en el obice, pues ni aquellas: *Y assi se siga*, ni las otras: *Guardando en todos tiempos el orden de poder nombrar entre aquellos en el modo de suso dicho*, son relativas de calidad de masculinidad, sino de la facultad pura de poder nombrar al segundogenito, omisso primogenito, vt manet probatum *suprà à num.38.* y en el Alegato sobre la causa principal, en la *Razon 3. à num.117.* & tandem lo ponderado en la duda propuesta, no prueba en los terminos del litigio, & non factæ electionis.

75 Tampoco se opone el text. *in dicta leg. vnum ex familia, ff. de leg.2.* ibi: *Vnum ex familia propter fideicommissum à se relictum cum moreretur hæres, eligere debet, & ei quem elegerit, &c.* y que el verbo *Debet*, importaria necessidad; y de la manera que el gravado simpliciter statim tenetur eligere, *l.24. ff. de leg.2. versic. Videtur*, ibi: *Ex liberis cui volueris, nisi offerat hæres cui vellit, & statim offerat sine aliquo intervallo, &c.* Assi el gravado à restituir post mortem, puede ser compelido à elegir saltem officio Iudicis, segun Bald. *dict. leg. vnum ex familia*, à quien siguiò Peralta *num.11. cum sequentib. & §.1. num.1.* y no quedando mas de vno de los elegibles tempore delatæ successionis, este seria ex voluntate testatoris electo, y sucessor necessario, por ser necessaria la facultad de elegir, *dict. leg. vnum ex familia, §. si de lege falcidia, ff. de leg.2.* ibi: *Facultas enim necessariæ electionis.*

76 Estos fundamentos se opone Caldas Pereyra *de nominat. emphit. lib.2. quæst.1. à num.2.* y solo podrian probar en terminos de eleccion collata in tempus mortis, y necessitada necessitate precisa, pero no de merè facultativa, como en los presentes; y aun en los de este obice, quando el testador dispone que el heredero deba

ele-

elegir entre personas ciertas, dandole facultad de nombrar la que quisiere, defiende la opinion contraria Caldas Pereyra *vbi proximè, num.4.* ibi: *Quibus tamen non obstantibus oppositum verius est, imò quod is qui debet eligere, seu successorem nominare cum morietur, vel post mortem præcisse non compellitur eligere quemquam*; y lo prueba de la misma *ley vnum ex familia, §.rogo, ff. de leg.2.* ibi: *Rogo fundum cum morieris restituas ex liberis vni cui voles, quòd ad verba attinet ipsius erit electio, nec petere quisquam poterit, quamdiù præferri potest alius; defuncto eo priusquam elegat petant omnes, l.24. & 27. §.1. ff.eodem.*

77 De cuyos textos infiere, que el gravado no puede ser compelido para que elija, porque siendo la eleccion collata in tempus mortis, por la voluntad del concedente, no ay razon de derecho que persuada puede ser compelido antes, y mas quando en el fideicomisso en que alguno està gravado à restituir à vno de la familia, se dizen llamados todos los de la familia baxo la condicion tacita *si nullus eligatur, dict. leg. vnum ex familia, §.1. in fine, ff. de leg.2.* ibi: *Nam postquam paritum est voluntati cæteri conditione deficiunt*; esto es, por la eleccion de vno à quien elige el testador: y como el implemento de la condicion dependa de la voluntad del gravado, no puede ser compelido à que la cumpla, y elija à vno; el qual del mesmo modo, baxo la mesma condicion tacita *si eligatur*, està llamado, à cuyo implemento de condicion el gravado no puede ser compelido, *l.41. ff.de contrah. empt.*

78 Y en el *num.5.* satisface el obice, ibi: *Quam opinionem si teneas dic, non obstare textum in leg. vnum ex familia, in principio, quatenus vtitur verbo Debet, quòd secundum veram, & genuinam significationem necessitatem importat; tunc etiam, quia procedit, & loquitur in necessitate causatiua, non præcissa, vt post Bart. & alios, ibi adnotauit Hispan. Menes. num.8. & est communis census, licet repugnet ibi Peralta num. 112 cum sequentibus, scimus enim duplicem in iure nostro considerari necessitatem, quatenus altera præcissa est, altera verò causatiua, primam vitare nemo potest, secundam verò sic, si malit aliquid contingere, vt DD. suprà citati explicant, & Peralta in dict.leg.vnum ex familia, §.1. in principio, quo circa (inquiunt Authores nostri) in hac quam tractamus electione cui vellit dare, versatur causatiua necessitas, vt si grauatus vult vnum cæteris præferre, eligere eum debet, aliter omnes admittentur, vt in dictis iuribus habetur secundum communem sensum.*

79 Y aunque prosigue diziendo, que este sentido puede interavertirse, y seguirse la opinion de Peralta contra la comun opinion, entendiendo los textos *in dicta leg. vnum ex familia, §. rogo, & l.24. ff.de leg.2.* en el caso de aver muerto el gravado sin aver elegido, no por que pudo de derecho, sino porque ninguno de los que po-

dian

dian ser elegidos implorò el oficio del Juez para que le compeliera, ni de tal cosa consta en los textos; Pero ni Caldas Pereyra, ni Peralta se oponen en esto à nuestros terminos, pues hablan aquellos en los de la dicha *ley vnum ex familia*, donde el testador dispuso, que el heredero debiera elegir, pues el mesmo Peralta *ad dictum text. in princip. num.* 11. supone hablar esta ley de eleccion necessitada necessitate precissa, saltem cum hæres perveniat ad actum moriendi, aunque solo causativa inter vivos; y assi interpreta à Bart. y Paulo de Castro, *& §.5. num.*9. suscita la question *vtrùm electus possit gravari ab eligente*, & ait ibi: *Ex hoc textu colligitur, quòd qui ex testatoris, vel ex legis dispositione TENETVR aliquem eligere non potest eum eligendo grauare*; y que este texto hasta el *§. rogo*, 7. habla de eleccion necessitada.

80 Assi lo prueba el señor Molina *de Hispan. primogen. lib.* 2. *cap.*4. que expende dicto texto *in leg. vnum ex famlia*, infiere dèl varias conclusiones; y por lo que decide Papiniano *§. sed si fundum*, 5. *num.*10. afirma aquella vniversal, que el heredero à quien està concedida la facultad de elegir, no puede gravar al electo onere fideicommissi; y dà la razon, ibi: *Cum enim is non censeatur electo aliquid dare, sed illud à testatore, non autem ab eligente datum censendum sit, ipseque eligens ACTVM NECESSARIVM faciat, consequens est, vt electum fideicommisso grauare non possit, ex vulgari regula qua dispositum est, neminem posse grauare illum quem non honorabit, leg. ab eo*, 11. *C. de fideicommiss.*

81 Et *num.*19. ait ibi: *Vera autem decidendi ratio ad textum in dicto §. sed si fundum, hæc est, quod quamvis certissimum sit, quod electus qui vnum ex pluribus ex familia ad fundi successionem prælegit illum maximo honore, atque etiam commodo pecuniario affecerit, vt superius ostensum est, non tamen is honos eius naturæ, atque qualitatis est, vt eius ratione possit ipse eligens electum onere fideicommissi, vel alio grauare cum enim is qui ex præcepto defuncti, atque ex NECESSITATE OFFICII eligere tenetur, actum ipsum electionis gratis expedire astrictus sit.* Et *num.*20. ibi: *Si enim elector grauamen in electione apponere posset, non traderet electo rem integram, nec adimpleret illud quod ex* necessitate officij *sibi iniunctum fuit.* Luego la especie de la *ley vnum ex familiam, ff. de leg.* 2. no puede adaptarse à los terminos de este litigio, y claus. 9. en que la potestad de elegir concedida à la hija mayor de D. Onofre Sanz es merè facultativa.

82 De todos estos principios se manifiesta no aver podido suceder Don Onofre Cruilles (casa 8) por la parte de que seria remanente de los elegibles; y para que conste no hallarnos en la contingencia presente en caso prevenido por el testador, que no teniendo el

el sucessor mas de vn hijo varon, no eligiendo, quede nombrado el tal hijo, si no en el caso non factæ electionis, se convence, pues no persuade lo contrario la disposicion de la claus. 6. y se prueba por muchas razones.

83 La primera, porque disponer el testador en dicha claus. 6. hablando de los hijos, y descendientes varones de varones de Don Onofre Sanz: *Que el sucessor en dicho Lugar de Guadasequies, y herencia mia, si no tuviere mas de vn hijo varon de varon, ò no huviere hecho eleccion, ò nombramiento, aora para entonces, y entonces para aora, quede nombrado el tal hijo mayor*, no fue providencia especial, sino disponer lo mesmo que el Derecho avia de obrar, si el testador no le huviera ordenado; y esto solo sirve de expressar lo inherente de la ley, *l.* 1. *ff. de leg.* 2.

84 De forma, que si no es disponiendo el testador otro modo de suceder distante del ordenado por la ley, no obra la expression efecto diferente, *leg. Titia*, 89. *ff. ad leg. falcid.* D. Calanat *cons.* 51. à *num.* 3. *vsque ad* 25. Torre *de maiorat. tom* 2. *cap* 39. *num.* 142. & 143. lo afirma assi en terminos de aver dispuesto el testador, queria morir intestado, y despues hecho algunas substituciones en personas que por el estatuto avian de suceder; y concluye diziendo, ibi: *Quando exprimitur quod tacitè inest, censetur expressum quatenus tacitè inest, eò modo & non aliter.* Luego lo dispuesto en la claus. 6. no fue providencia especial, ni obra efecto diferente de lo ordenado por la ley, y assi no incluirà al segundogenito, en exclusion de la nieta de la linea primogenita.

85 La segunda, porque (caso negado) induxera nueva disposicion, estaria limitada à la linea masculina de Don Onofre Sanz, y de sus hijos, y descendientes varones de varones, segun la mesma claus. 6. ibi: *Y assi ayan de suceder de vnos en otros perpetuamente, durante la linea masculina del dicho Don Onofre Sanz, y de sus hijos, y descendientes varones de varones*; y por la claus. 7. de Don Baltasar Sanz (casa 3.) ibi: *De tal manera, que en la descendencia del dicho Don Onofre Sanz masculina, y de varon de varon, y tambien en su caso, que adelante se expecificarà, de la descendencia masculina de varon de varon del dicho Don Baltasar Sanz mi hijo, entiendo hacer vinculo perpetuo, y electiuo en la forma de suso dicha.* Pues lo mesmo es dezir: *Durante la linea masculina de dicho Don Onofre Sanz de sus hijos, y descendientes varones*, que dummodo permaneciere la linea masculina de Don Onofre Sanz; y la diccion *Dummodo*, es restrictiva præcedentium, Prætis *de interpr. vlt. volunt. lib.* 2. *pag* 176. *num.* 6. August. Barbos. *remiss. DD. tract. de diction. ad dictam dictionem*; y la disposicion limitada limitatum producit effectum, *leg. in agris, ff. de adquir. rerum*

do-

domin. Sesse *decis.* 254. *tom.* 3. *num.* 81. *Et non egreditur personas in ea contentas, leg. cum ita legatum, ff. de condit. & demonstr.* idem Prætis *lib.* 3. *pag.* 448. *num.* 40.

86 Y en la conformidad que la agnacion es limitada, quando el testador la restringe à personas, y lineas determinadas, y nombradas, de Luca *de linea legal. tom.* 1. *art.* 10. *num.* 7. Lara *in compend. vitæ homin. cap.* 30. *num* 85. Roxas *part.* 1. *cap.* 6. *num.* 107. del mismo modo debe dezirse limitada la disposicion, y eleccion de la clausula 6. à los de la linea masculina de Don Onofre Sanz, y no à los hijos, y descendientes de hembra, como lo es Don Onofre Cruilles; Sesse *decis.* 254. *tom.* 3. *num.* 49. ibi: *Esse de linea Titij solum eius agnatos comprehendit, non verò cognatos ex fœmina descendentes.* Con que siendo la disposicion limitada, y no hallandose expressada en la claus. 9. y llamamiento de los hijos, y descendientes de la hija mayor, no puede dezirse en virtud de la claus. 6. que el caso que se litiga, è ingresso de suceder los descendientes de la hija mayor de Don Onofre Sanz, en lo respectante à la eleccion, es prevenido por el testador, segun supone la sentencia.

87 La tercera, porque dezir, que si el sucessor no tuviera mas de vn hijo varon de varon, ò no huviere hecho eleccion, quede nombrado el tal hijo mayor, solo fue disponer, que el que huviere adquirido la sucesion, constituido linea actual, y no tuviere mas de vn hijo varon de varon, ò no huviere hecho eleccion, quedasse aquel elegido; y esto no se adequa à la contingencia del litigio, pues Doña Vicenta Sanz no adquiriò la sucesion por su premoriencia à Don Diego Sanz, con que de Don Onofre Cruilles no puede verificarse la disposicion, pues su madre no fue sucessora.

88 La quarta, porque en dicha claus. 6. se dispone, ibi: *Quede nombrado el tal hijo mayor*; y de Don Onofre Cruilles no puede verificarse ser *hijo mayor*, porque lo mesmo es *mayor*, que *primogenito* en las sucesiones de los Mayorazgos, ò fideicomissos primogeniales; D. Molina *lib.* 3. *cap.* 8. *num.* 19. & ibi Addent. Roxas *part.* 8. *cap.* 5. *num.* 43. y en Don Onofre Cruilles no pudo recaer el derecho de primogenitura, que con su nacimiento antecedente adquiriò Don Melchor Cruilles para si, su hija la Marquesa, y descendientes. Y no subsiste dezir, que aver dispuesto el testador, *quede nombrado el hijo mayor*, fue querer quedasse nombrado el *maior natu*, no el primogenito.

89 Porque esto no tiene lugar en esta vocacion, y clausula 6. Cancer. *variar. resol.* 3. *part. cap.* 21. examina quando debe entenderse que el testador estimò mas la prerrogativa de la edad, que la qualidad de primogenitura, vel è contra, lo explica *num.* 304. *versic.*

Di-

Dicitur, ibi: *Dicitur autem habitus fuisse respectus ad prærrogatiuam ætatis, cum testator, seu institutor Maioratus, non respectu certi gradus, sed simpliciter vocauit maiorem natu ex omnibus descendentibus de familia, seu aliquo genere; secus cum vocatus est maior natu ex linea recta filij maioris, vel maior natu ex vnoquoque alio gradu, vt communiter fieri solet, nam tunc non censetur vocatus maior natu, qui inter omnes descendentes, aut in omnium descendentium gradibus reperitur, sed primogenitus, cuiuscumque gradus ex linea recta primogeniorum, & sic tunc censetur constitutum ius primogenituræ.* Luego aviendo el testador dispuesto en dicha clauf.6. quede nombrado el tal hijo mayor, cuyo llamamiento es respecto de cierto grado, como todos los de las demàs clausulas, y no llamado simpliciter al mayor natu de todos los descendientes de la familia, se convence atendiò à la calidad de primogenitura; y si esta no pudo verificarse en Don Onofre Cruilles, tampoco la disposicion de la clausula 6.

90 La quinta, porque en la clauf.6. solo se llama *varon de varon*, lo que no puede adaptarse à Don Onofre Cruilles, varon de hembra, pues dize: Si no tuviere mas de vn hijo varon de varon, ò no huviere hecho eleccion, quede nombrado *el tal* hijo mayor; y estas palabas *el tal*, es lo mesmo que *el dicho, el suprascripto*, que son relativas præcedentis, cum omnibus suis qualitatibus, Fusarius *quæst. 241. num.71.*

91 La sexta, porque aun en dicha clauf.6. y llamamientos de descendientes varones de varones de Don Onofre, no previno el testador la contingencia de que el sucessor en el Lugar de Guadasequies tuviera dos hijos varones, y que el primogenito premuriesse al segundogenito, dexando descendientes, y faltasse no eligiendo, ò no pudiendo elegir; antes fue caso omisso por el testador en lo respectante à la eleccion, pues solo previno el que teniendo hijo vnico el sucessor, y faltando, non facta electione, quedasse nombrado: luego lo dispuesto en la dicha clausula 6. no puede adequarse à la contingencia, que dà motivo al litigio, y ingresso de suceder los descendientes de la hija mayor llamada en la clausula 9.

92 Y de esto se infiere, que aunque lo dispuesto en la clausula 6. pudiera entenderse repetido en la clausula 9. en virtud de las palabras: *Como està dicho de suso, y en el modo de suso dicho*, queriendo fuessen repetitivas de todo lo respectante à la eleccion, y no de la facultad de elegir sola (que es lo que resulta de la clauf.9.) siendo omisso por el testador en la clausula 6. y descendientes varones de varones, el caso de tener el sucessor dos hijos, y premorir el primogenito dexando descendientes, mal podrà entenderse repetido en la clauf.9. y descendientes de la hija mayor.

93 A mas, que quando en la clausula 6. y llamamientos de Don Onofre Sanz, y en la 7. y llamamientos de descendientes de Don Baltasar huviera prevenido el testador la contingencia referida, nunca esta disposicion podria entenderse repetida en la claus. 9. y descendientes de la hija mayor, porque *non est locus repetitioni quoties agitur adversus dispositionem iuris communis.* Fulario *de substitut. quæst. 43. num. 36.* pues in dubijs semper præsumitur testatorem se conformare cum dispositione iuris, *leg. hæredes mei, § cum ita, ff. ad Trebellianum.*

94 Y aun se comprueba mas por hallarse los llamamientos de las clausulas 6. y 9. en oraciones separadas, ser las personas llamadas diferentes, y con razon formal que las distingue, pues son los vnos agnados, y los otros cognados, por lo que cessa la repeticion de lo dispuesto, y expressado en la clausula 6. respecto de la clausula 9. y parte omitida, *l. 39. ff. de condit. & demonstrat.* ibi: *Atque conditio ad certas personas acommodata fuerit eam referre debemus ad eum dumtaxat gradum quo personæ institutæ fuerint, l. 73. ff. de hæredibus instit.* ibi: *Sub conditione hærede instituto, si substituamus, nisi eandem conditionem repetamus purè eum hæredem instituere intelligimus.* Y convencen este assumpto los Doctores, y doctrinas que se refieren en el Alegato sobre la causa principal, desde el *num. 68.* hasta el 168.

95 La septima, porque se manifiesta no ajustarse el motivo de la sentencia de este Consejo à lo expressado por el testador en dicha claus. 6. pues en ella solo dize: *Si no tuviere mas de vn hijo varon de varon, &c.* vsando de la expression de palabras *si no tuviere*, y no vsò de las palabras *si no le quedare*, que supondrian prevenir el testador el caso de aver tenido el sucessor otro primogenito que avria premuerto; porque es innegable la diferencia entre el verbo *habere*, y el verbo *remanere*; porque *habere*, solo significa in sensu proprio, & gramaticali *tener*, sin conotar, ni suponer aver tenido mas de lo que se tiene; y *remanere*, significa en el sentido propio, y gramatical *quedar*, esto es, tener algo, conotando, y suponiendo aver tenido antes mas de lo que aora se tiene; como el verbo *retinere*, que en sentido propio gramatical significa tener la cosa, no solo desde entonces; sino suponiendo, y conotando averla tenido antes.

96 Y en la disposicion de qua, est quæstio, y sentencia de este Supremo Consejo, es muy ponderable; porque en las disposiciones testamentarias, aunque parece bastaria se entendiessen las palabras segun significacion impropia, Sessè *tom. 1. decis. 64. num. 32. y 34.* ibi: *Non ita proprietati verborum inservire debemus, vt potius proprietati verborum, quam testatoris mentem comprehensam verbis etiam latè servemus;* pero quando ay estatuto de *stando chartæ*, deben entenderse

se-

segun el significado propio gramatical; Sessè *tom.1. decis. 54. num. 69.* con Alciato, Beroyo, Menochio, y Baldo *ad leg. maximum vitium, Cod. de liberis præteritis*; mas expressamente *decis. 254. tom. 3. num. 18.* ibi: *Verba carthæ, vt sunt scripta gramaticali quadam intelligentia esse exponenda non aliter.* Et *num. 8.* ibi: *Sed magis latè idem Rolandus, cons. 51. à num. 12. (loquens de statuto Aragoniæ) dicit, quòd stante tali statuto debet Iudex ei tenaciter inhærere, & secundum quod in charta scriptum est iudicare, nec additionales, vel coniecturales intellectus, vel extensiones, aut interpretationes sequi, vel admittere, quia coniecturæ quas charta non fouet, non sunt de littera.*

97 Y aunque el mesmo Sessè *en el num. 20.* dize: *Quòd non tam ad litteram ibi intelligendum sit, vt verba superficialiter sint attendenda magis, quam mens verbis comprehensa, quia illud esset contra omnem necessariam, & naturalem rationem, & sic sufficit quando aliquid contineatur sub verbis virtualiter.* Pero *num. 21.* añade, ibi: *Si verò illud quod virtualiter dicitur compendiè, non deducitur taliter quod de necessitate inferatur, sed persuasiuè, & argumentatiuè, vt si vellimus coniecturari vocatos esse filios in conditione positos, ex aliquibus mentis coniecturis, tunc illa coniectura non recipitur, nec interpretatio admittitur cum non sit de littera, & hæc est communis Doctorum declaratio.*

§. VI.

Que no puede ser citado el Marquès de Mirasol como à padre, y legitimo Administrador de su hijo, ni obligado à ser parte en la sucession que se litiga.

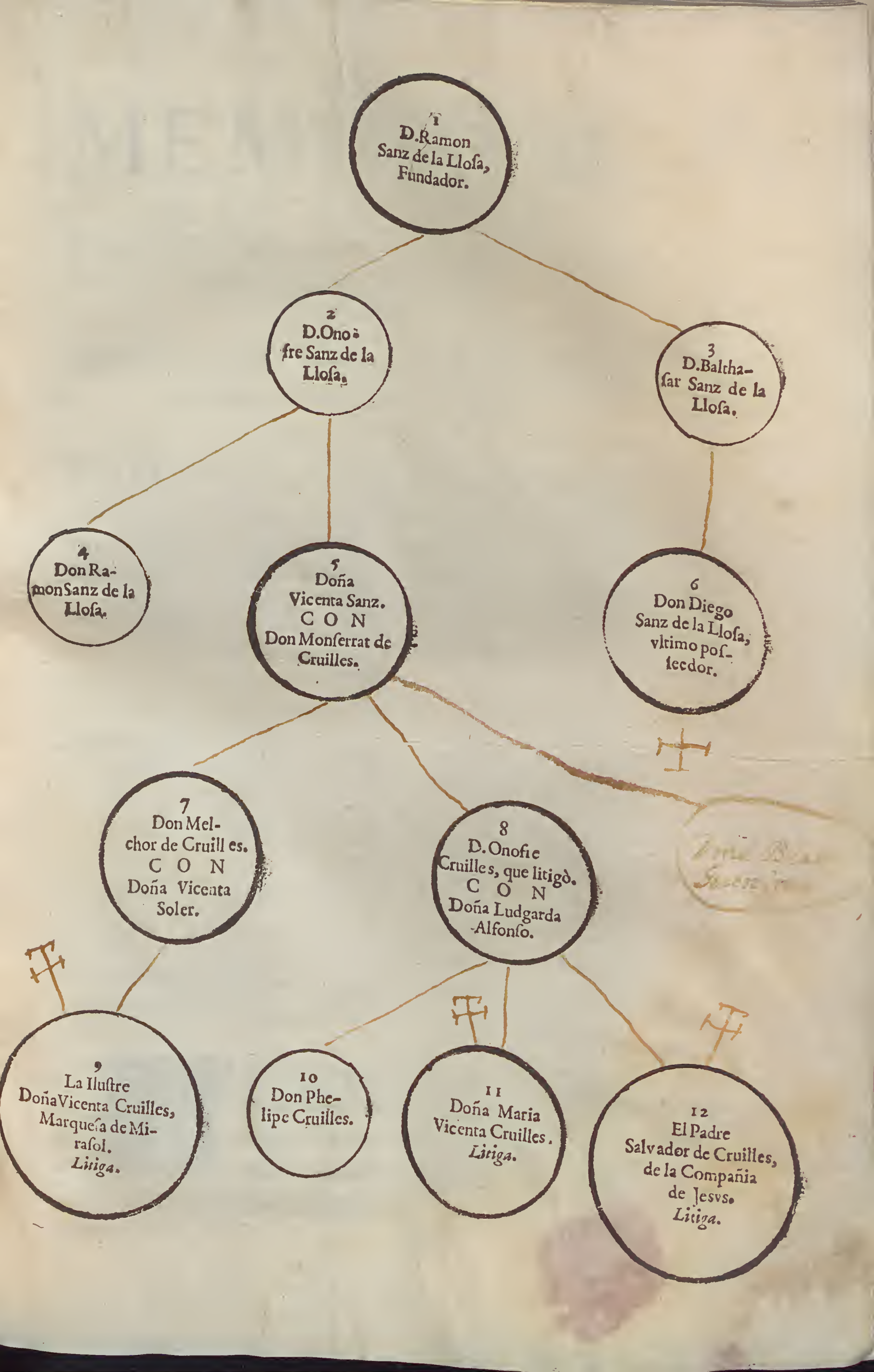
98 Porque este pleyto solo es sobre quien sucede en los bienes del fideicomisso en la vacante por muerte de Don Diego Sanz (casa 6.) en cuyo tiempo el hijo de los Marqueses no avia nacido, lo que consta, porque en la sentencia de este Consejo, que se diò en 12. de Mayo de 1677. ya se supone, y dà por constante la muerte de Don Diego Sanz, ibi: *Qui casus iam evenit per mortem D. Didaci Sanz.* Con que aviendo pretendido los herederos de Don Onofre Cruilles (casa 8.) dicha citacion del Marquès, padre, y legitimo Administrador de su hijo el año passado de 1698. aun en este tiempo le suponen menor; y aunque la minoria de edad dura de Derecho hasta los veinte y cinco años, *l. 3. §. minorem, ff. de minoribus*, en el Reyno de Valencia solo se estiende hasta los veinte cumplidos, *fol. 14. de testament. tutel. for. 1. de restitution. minor.* D. Leo de-

decis.9. tom. 1. *num.*2. Illust. Crespi *obseru.*17. *num.*1. con que dàn por constante, que el año de 1698. aun no tenia veinte años, y aviendo discurrido veinte y vno desde 1677. hasta 1698. en que citan al Marquès como à legitimo Administrador de su hijo, y no à este en su nombre proprio, resulta no era nacido al tiempo de dicha sentencia, y por consiguiente al tiempo de la muerte de Don Diego Sanz.

99 De esto se convence, que el hijo de los Marqueses no tenia derecho en dicha vacante, porque este no compete sino desde aquel instante que cede el dia de la sucesion, D.Molina *lib.*2.*cap.*12. *num.* 30. y solo tiene derecho, y se admite à la sucesion en los fideicomissos perpetuos aquel que es nacido al tiempo de la muerte del vltimo posseedor, D.Molina *lib.* 3. *cap.* 10. *num.* 3. & *lib.* 1. *cap.*6. *num.* 49. Fusar. *de substit. quæst.*318. *num.*3. luego si no tiene derecho en dicha vacante, no debe ser citado, y mas quando la defensa de este pleyto no pertenece principalmente al hijo de los Marqueses, aunque en consequencia pueda aprovecharle, ò dañarle su decision, D.Molina *de Hispan. primog. lib.* 4. *cap.*8. *num.*4. ibi: *Regulare esse in quocumque iuditio, illum solùm ad quem defensio principaliter attinet citandum esse, nec exigi citationem illorum, qui ex eo iuditio inconsequentiam ledi possunt.* D.Leo *decis.*93. *tom.*1. *num.*12. Illust. Crespi *obseru.* 91. *num.*87. *in fine*, ibi: *Citandi sunt hi, qui primas, & potiores causas habent in lite, l.*1. §. *penult. ff. de inspiciendo ventre.*

100 Por todo lo qual espera la Marquesa se decidirà este pleyto à su favor, mejorando la sentencia de este Supremo Consejo, y confirmando la de la Audiencia de Valencia. S. S. S. S. Senatus censura.

El Doct. Vicente Jaudenes.


1
D. Ramon
Sanz de la Llosa,
Fundador.
2
D. Onofre Sanz de la
Llosa.
3
D. Balthasar Sanz de la
Llosa.
4
Don Ramon Sanz de la
Llosa.
5
Doña
Vicenta Sanz.
CON
Don Monserrat de
Cruilles.
6
Don Diego
Sanz de la Llosa,
vltimo possecdor.
7
Don Melchor de Cruilles.
CON
Doña Vicenta
Soler.
8
D. Onofre
Cruilles, que litigò.
CON
Doña Ludgarda
Alfonso.
9
La Ilustre
Doña Vicenta Cruilles,
Marquesa de Mirasol.
Litiga.
10
Don Phelipe Cruilles.
11
Doña Maria
Vicenta Cruilles.
Litiga.
12
El Padre
Salvador de Cruilles,
de la Compañia
de Jesus.
Litiga.